GUIANDO A MÃO INVISÍVEL

DIREITOS, ESTADO E LEI NO LIBERALISMO MONÁRQUICO PORTUGUÊS

António Manuel Hespanha



ALMEDINA

GUIANDO A MÃO INVISÍVEL

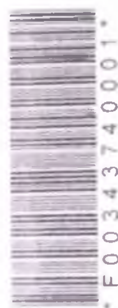
DIREITOS, ESTADO E LEI NO LIBERALISMO MONÁRQUICO PORTUGUÊS



ANTÓNIO MANUEL HESPANHA

GUIANDO A MÃO INVISÍVEL

DIREITOS, ESTADO E LEI NO LIBERALISMO MONÁRQUICO PORTUGUÊS







ALMEDINA

TÍTULO: GUIANDO A MÃO INVISÍVEL
DIREITOS, ESTADO E LEI NO LIBERALISMO MONÁRQUICO PORTUGUÊS

AUTOR: ANTÓNIO MANUEL HESPANHA

EDITOR: LIVRARIA ALMEDINA – COIMBRA
www.almedina.net

FOTO DA CAPA: PAULA HESPANHA

LIVRARIAS: LIVRARIA ALMEDINA
ARCO DE ALMEDINA, 15
TELEF. 239851900
FAX 239851901
3004-509 COIMBRA – PORTUGAL
livraria@almedina.net

LIVRARIA ALMEDINA
ARRÁBIDA SHOPPING, LOJA 158
PRACETA HENRIQUE MOREIRA
AFURADA
4400-475 V. N. GAIA – PORTUGAL
arrabida@almedina.net

LIVRARIA ALMEDINA – PORTO
R. DE CEUTA, 79
TELEF. 222059773
FAX 222039497
4050-191 PORTO – PORTUGAL
porto@almedina.net

LIVRARIA ALMEDINA
ATRIUM SALDANHA
LOJAS 71 A 74
PRAÇA DUQUE DE SALDANHA, 1
TELEF. 213570428
FAX 213151945
atrium@almedina.net

LIVRARIA ALMEDINA – BRAGA
CAMPUS DE GUALTAR
UNIVERSIDADE DO MINHO
4700-320 BRAGA
TELEF. 253678822
braga@almedina.net

EXECUÇÃO GRÁFICA: G.C. – GRÁFICA DE COIMBRA, LDA.
PALHEIRA – ASSAFARGE
3001-453 COIMBRA
E-mail: producao@graficadecoimbra.pt

SETEMBRO, 2004

DEPÓSITO LEGAL: 216174/04

1. PREFÁCIO

Num texto que ficou a ser emblemático da teoria política liberal, Kant defendeu vigorosamente a Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, 1789, contra os que a acusavam de não ser mais do que uma série de abstracções metafísicas, seguramente generosas, talvez teoricamente verdadeiras, mas sem qualquer viabilidade prática. Com uma ironia que não era muito sua, Kant deu ao seu ensaio, publicado em 1793, o título "Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis" (Sobre o ditado: "Isto pode estar certo na teoria, mas, na prática, não serve"). "Isto", no caso concreto, era a ideia de direitos naturais, que cada um pudesse opor aos actos do poder. É, por isso, que Kant tem passado por ser um dos expoentes do liberalismo político. Não vou aqui tratar de Kant, nem da questão de saber do conteúdo e limites do seu liberalismo. Porém, a referência pareceu-me interessante para introduzir aquilo que pode ser a utilidade principal deste livro.

Como o subtítulo indica, ocupo-me aqui de algo de menos fundamental: apenas, da avaliação do conteúdo e limites daquilo a que costumamos chamar o "liberalismo" português.

Para isto, coloco-me no plano da teoria e da prática constitucionais, entendidas num sentido bastante alargado, sem fazer economia das suas tecnicidades, sempre que elas sejam politicamente significativas. E, desde este ponto de vista, interrogo-me sobre se o liberalismo de que Kant falava – este primado dos direitos sobre o direito – e em torno de cuja bandeira, em Portugal, tantos sofreram e morreram, foi uma coisa de facto praticada. A minha questão não é sobretudo a de saber se, no dia a dia da vida, no mundo doméstico, na repartição, no tribunal ou, mesmo, no parlamento, os princípios liberais eram geralmente aplicados. É bastante evidente que não. O que me interessa mais é saber até que ponto estavam eles presentes na própria teoria política e jurídica da época. No modo como se entendia – e se ensinava, a uma boa parte do escol político – o direito; nos modelos segundo os quais se organizava o Estado; nas leis, tal como estavam nos livros; ou mesmo nesses sacrários de direitos que teriam sido as constituições.

Antecipo, desde já, a impressão com que fico, depois de um estudo que procurou combinar vários registos, desde o doutrinário ao institucional, desde o constituinte ao da prática política, desde o dos mecanismos burocráticos ao dos códigos cognitivos do senso comum. O liberalismo – neste sentido de uma constituição de liberdades individuais – foi, em Portugal, mais ou menos o mesmo que me parece ter sido em toda a Europa Ocidental, sem sequer excluir as Ilhas Britânicas: um projecto constitucional que, além de teoricamente algo inconsistente, não podia também realizar os pressupostos da sua realização prática. Ou, pondo as coisas, de forma diferente: um projecto constitucional que, para realizar os seus pressupostos de realização prática, tinha que começar por desmentir alguns dos seus postulados teóricos.

Todo o liberalismo europeu carregou um mesmo paradoxo, logo desde a sua primeira hora. Reivindicava-se da natureza individual, mas pressupunha a educação. Contava com os automatismos de uma certa forma de sociabilidade, mas tinha, primeiro, que construir essa sociabilidade. Propunha um governo mínimo, mas tinha que governar ao máximo, para poder, depois, governar um pouco menos. Numa palavra, propunha natureza, mas precisava do artifícios, antes da sua instalação e, depois disso, durante a sua vigência.

Por outro lado, também esta natureza, que aparecia como a instância constituinte do mundo político, ia sendo concebido de forma diferente, à medida que mudavam as formas de relacionamento ou o modo como elas iam sendo vistas pelo senso comum. Nomeadamente, aquilo que se cria ser natureza nos finais do séc. XVIII – ou seja, um mundo social e económico em que pequenos e médios produtores, pequenos e médios comunicadores, se encontrassem, libertos dos entraves artificiais da tradição – sofreu mudanças bruscas com o surgir da produção em massa de bens ou com a criação de um espaço público alargado e agilizado pelo progresso dos meios de comunicação de massa. Ou seja, efeitos externos à política – que se relacionam, digamos, com o progresso científico e técnico – tornavam a sociedade da primeira metade do séc. XIX, numa sociedade que parecia ter-se tornado "eléctrica", confrontada com novas necessidades e com novos riscos, carente de incentivos, de amparos e de regulação, a um nível tão global que nada nem ninguém, a não ser o Estado, lhos podia assegurar.

Depois, vinham circunstâncias que muitos têm por adjectivas, mas que eu prefiro trazer logo para o proscénio: ideais de governo, modelos de mando, tradições organizativas. A revolução liberal convivia, desde a sua fase de arranque, com um ideal político revolucionário relativamente his-

tória política europeia tradicional – o ideal de um governo activo, conformador da ordem do mundo, criador de movimentos sociais artificiais, em aberto contraste com o bom governo, conservador e guardião dos equilíbrios estabelecidos que caracterizara as unidades políticas europeias, tanto medievais como modernas. A partir de agora, a sociedade, para ser política, tem que ser "polida"; tem que ser objecto de uma técnica e de uma prática racionalizadoras, promotoras de uma ordem racional que a natureza, só por si, deixada à mercê da superstição, das paixões, dos interesses particulares, parecia não estar em condições de garantir. Este novo modelo de governo era aquilo a que os alemães chamavam o *Polizeistaat*, em torno do qual, tanto eles como os franceses, vinham elaborando saberes teóricos e práticos de administração, a *Polizeiwissenschaft* ou, para cá do Reno, a *science de police*. Um saber de contornos imprecisos, feito de máximas tardo-mercantilistas, mas também já de propostas de "re-naturalização" da vida pública adoptadas dos fisiocratas.

As primeiras gerações revolucionárias não rejeitam esta ideia de engenharia social a cargo do Estado, agora "Estado-Nação". Nisso, não destoavam em quase nada dos soberanos iluminados, como os conhecera a Rússia, a Prússia, a Áustria, a Toscana, a França, a Espanha e Portugal. Depois da Revolução, surge uma série de medidas de invenção política, a que nem o calendário ou o sistema de pesos e medidas resistem. O Império napoleónico, por sua vez, – aliando à imaginação, a ordem política – institucionaliza e alarga o âmbito das reformas, pondo-as sob a estrita tutela do Estado; num plano político central, promulga os grandes códigos e ergue um aparelho administrativo centralizado e eficaz. Enquanto que, na Alemanha, ao lado da prática de governo, se continuou a elaborar um aparelho de conceitos jurídicos que desse conta, no plano da teoria do direito, deste novo modo de governar; poder do Estado, função de governo, direito público, função administrativa, direito administrativo, eis ouros tantos conceitos jurídicos que procuram enquadrar esta nova relação entre o Estado e a "sociedade civil".

A revolução liberal portuguesa surge neste contexto. Já havia sinais precursores desta nova ideia de um governo activo na legislação e na prática política dos finais do Antigo Regime, fortemente contrastantes com a ideia tradicional de que governar bem era "não obrar", ideia a cuja história dediquei muitas centenas de páginas e a que agora não vou voltar. Porém, a revolução liberal, ademais desse pathos modernizador dos académicos e de muitos políticos tardo-steecentistas, precisava de Estado, tanto para destruir a velha ordem como para estabelecer uma ordem nova, em condições de

funcionar. Esta eficácia administrativa, cujo modelo vinha – em Portugal – da França (e, muito mais tarde, da Alemanha), só se atingiria com reformas. As reformas, com dinheiro; o dinheiro, com impostos; os impostos, com fomento, ou seja, com medidas estaduais promotoras da riqueza; estas, de novo, com eficácia administrativa, para além de mais dinheiro. E a espiral recomeçava. Basta passear a vista pelos milhares de petições às cortes, desde as de vinte até às de trinta, para nos darmos conta de como tudo se esperava do Estado, desde uma estrada a uma venera, da garantia geral da ordem a uma pensão de sangue, da clareza do direito civil à promoção do ensino, da aprovação de uma associação ao fomento das colónias. Esta era a tradição de fazer as coisas; antigamente, no tempo do despotismo, fazia-se assim. Mas era também a consequência do esvaziamento de outros poderes, nomeadamente, dos poderes municipais. O Estado – esse novo Leviathan, já antecipado, na teoria, por Th. Hobbes – crescia assim. Pela dinâmica conjugada de uma ideia de "disciplina" e das consequências institucionais dessa mesma ideia: a descentralização da disciplina num único portador, uma vez que não pode haver disciplina sem unidade de mando; e a administração activa, já que, agora, governar é "obrar" e alocar meios para isso.

A mão invisível – que, por definição, nunca ninguém vira, até ter sido finalmente revelada na bela fotografia com que a Paula Hespanha enriqueceu o rosto deste livro –, essa, parece que nem sequer se pressentia, nesta busca ansiosa do amparo do Estado. Alguns políticos bem se esforçavam em respeitar os movimentos naturais da sociedade, ao proclamar a necessidade de legislar e governar "habitualmente", de acordo com os ritmos sociais. Uns, porque acreditavam nos impulsos de tal mão. Outros, simplesmente, porque criam que a revolução era uma regeneração e que, consequentemente, convinha manter a lei nos estritos limites a que a acantonara a doutrina jurídica do Antigo Regime clássico. Mas, fosse como fosse, está claro que, para eles, isso de sociedade era um conjunto muito restrito – e largamente imaginado – de pessoas, em cujo mérito, discernimento e responsabilidade confiavam, e cuja função dirigente tinha que ser garantida, a golpe de lei ou mesmo a golpe de sabre. Sem isso, a mão desvairava. Para manter o norte, precisava de um braço, armado da espada ou da pluma, para a guiar. De outro braço, vestido com mangas de alpaca, para a servir.

Neste mundo que cria (e queria) viver naturalmente, habitualmente, a natureza – tal como nos espontâneos jardins românticos – era um trabalhoso artifício. Que distinguia o cidadão da turba, a liberdade da licença, o sufrágio do motim, a opinião pública do clamor. A pedra de toque da natureza era a ordem; mas esta, por natureza, não era natural. Para que o

governo da razão triunfasse sobre o desgoverno das paixões era preciso que alguém tivesse mão. Na tal mão.

Em Portugal, esta institucionalização da natureza atingiu tons dramáticos, com uma revolução e o seu fracasso, uma constituição outorgada por um rei por isso mesmo contestado, uma guerra civil, e um longo período de reconstrução social e política. Tudo tarefas, não para o plácido curso da natureza, mas para o poder activo do Estado. Apenas o tópico da "regeneração" podia fazer passar este contínuo protagonismo do poder como uma instalação do "liberalismo": a revolução era liberal porque punha termo ao arbítrio, ao abuso e à paixão, fazendo renascer (re-generando) a pristina ordem da natureza. Esta é, de facto, a mundividência estabelecida no partido liberal, servindo de pano de fundo a toda a literatura jurídico-constitucional dos anos vinte e trinta, sobressaindo – em Portugal – nos escritos e ditos de Basílio Alberto de Sousa Pinto, o conservador lente de Direito e, mais tarde, ordeiro Reitor da Universidade de Coimbra, cujo magistério universitário propagou estas ideias ordeiras que, no plano da literatura, encontram eco na sensibilidade social e política do romantismo.

Porém, o mundo mudava. Quando se estabiliza esta ideia não dirigista de governo e quando alguns dos novos processos sociais se iam tornando rotinas e ganhavam um funcionamento automático, outros surgiam de novo, exigindo nova atenção, novos incentivos, novas medidas reguladoras, novas repartições. Ou seja, exigindo que um poder de governo autónomo, activo, viril e capaz de iniciativa tomasse o lugar do poder executivo, dependente, passivo, serviçal. Os tempos do parlamentarismo iam passando; mas, com eles, ia também passando a mítica ideia de uma "constituição de direitos", pairando por sobre a legislação e a administração.

Também aqui não se tratava apenas de uma mera questão de distorções práticas dos princípios. Tratava-se mesmo de que, no rigor dos princípios, os direitos eram, agora, subordinados ao direito. E este, muito claramente identificado com a vontade do poder, corporizada, nomeadamente, na lei. Não tanto pelo facto de a lei ter uma origem parlamentar; mas essencialmente porque ela era a expressão de uma vontade de comando, que punha ordem, que ultrapassava os egoísmos particulares e que curava do interesse público. O que sabemos do que se passava por detrás das declarações doutrinais sobre a supremacia da lei é ainda pouco e, sobretudo, enviesado. Há muitos testemunhos de como a força do governo fazia lei. Mas pode haver outras faces da prática – menos generalizadas, mais escondidas em fontes pouco compulsadas, provavelmente de eficácia socialmente discriminatória –, em que os direitos se tenham podido impor à lei,

nomeadamente no plano das decisões judiciais concretas. Afinal de contas, pelo menos até aos anos sessenta, os juízes eram formados num jusnaturalismo bastante aberto à subversão da lei pelos "princípios", tenham eles sido os "das nações cultas e civilizadas", os princípios "liberais" ou os princípios "do progresso". Enfim, o legalismo teórico não é toda a história, devendo ser matizado em função de realidades práticas menos vistosas. Porém, o imaginário político estabelecido a partir dos meados do século não tem, muito claramente, tonalidades liberais.

O que estou a dizer sobre a cobertura estatal do liberalismo não é nada de novo, de que os próprios contemporâneos não tenham abertamente falado. Realmente, muito poucos publicistas ou políticos se encontram que não achem indispensável a existência de um Estado espesso, como artifício necessário para que uma natureza ficcionada funcione, ou para que o progresso, previsto pelas leis das ciências sociais, arranque e se desenvolva de acordo com essas mesmas leis. É certo que se criticava muito o "desgoverno", assim como se criticava a "governamentalização". Mas nenhuma destas ideias punha em causa o ideal de Estado activo, desde que este actuasse bem e em nome do interesse de todos. Desde que, enfim, actuasse ... naturalmente.

Embora tenha tal fio geral de leitura e não escape à minha pré-compreensão de que a "natureza" é sempre, afinal, um artefacto construído com o sangue, o suor e as lágrimas (de alguns), este livro não foi elaborado dogmaticamente. Ou seja, não parti de uma tese que já tivesse esboçado acerca do processo para da sua comprovação empírica. Pelo contrário, Quem tenha lido as poucas coisas que escrevi sobre a época contemporânea, lembrar-se-á que já defendi uma leitura praticamente oposta a esta, nomeadamente quando procurei prolongar para o séc. XIX uma matriz pluralista de poder que resultava, tanto dos estudos sobre a época moderna, como de uma leitura micro-física do poder inspirada, sobretudo, em M. Foucault. Embora continue a achar que é muito importante tornar visível a eficácia, até há pouco escondida, dos mecanismos quotidianos de disciplina e de controlo, aqui o interesse que me suscitou a vontade de saber foi outro – ou seja, a crítica da ideia da "naturalidade", dessa naturalidade ainda hoje ... natural, que nos permite, afinal, continuar a construir, acomodadamente e até com gozos, formas de conviver que se tornariam facilmente problemáticas (e, frequentemente, depravadas e inumanas), se as sujeitássemos a uma discussão liberta da inevitabilidade de certos modelos de sociedade, postulados como naturais. Um tema, como estão a ver, obviamente conspurcado de "política".

Para compensar estes enviesamentos confessados, procurei multiplicar os registos de análise e comprovar o melhor que pude aquilo que afirmava. Realizando com isso, ao mesmo tempo, um trabalho que necessitava de ser feito – o de uma descrição sistemática e contextualizada da evolução constitucional portuguesa do séc. XIX. Por isso é que este livro pode também servir um outro tipo de interesses e de leitores – os que procuram saber as coisas, "como elas realmente se passaram". Porque, na verdade, segundo me pareceu, parecia às fontes que me pareciam boas que as coisas que se passaram como, segundo me parece, lhes parecia a elas.

Mais uma vez, dei a palavra a juristas, esses intelectuais orgânicos do poder na Europa ocidental; mais dados a descrever o óbvio do que a imaginar o ousado; e que se, nas Faculdades de Direito, formavam as sucessivas gerações dos grupos dirigentes, que ocupavam os lugares ministeriais e parlamentares, formavam [no duplo sentido de a constituírem e de a educarem] a opinião pública; e, finalmente, de beca ou de toga, julgavam e condenavam. Feito isto, reintegravam tudo de novo em obras de doutrina que, por serem também de "ciência", reproduziam, agora em círculos ainda mais alargados e com uma evidência mais forte do que a da opinião, da fé ou das "ideias", a visão que eles tinham da ordem.

Depois, atendi aos mecanismos institucionais, que tornam operacionais as ideias, embora também as distorçam e também pensem por si mesmos. Na descrição dos mecanismos institucionais, evitei alguns com leituras políticas mais evidentes, preferindo analisar outros mais técnicos, plenos daquela eficácia manhosa ou subtil que constitui o núcleo da disciplina quotidiana. Porém, quer no plano doutrinal e dogmático, quer no plano institucional e prático, muito ficou por dizer, quase sempre porque eu ainda não sabia dizer mais. A dimensão micro-conjuntural da "política" não adquirirá aqui tanto protagonismo como alguns dos leitores esperariam ou desejariam. Porventura porque me falta saber nessa área, acho-a pouco explicativa e bastante superficial. É que, mesmo hoje, não confundo a vida com os soundbytes da comunicação social ou com o crivo dos jornais (ou telejornais).

Tudo quanto acabo de escrever fica, porém, muito superficial, se se tratar de descrever o enredo mais profundo deste livro. Ou seja, que modelo explicativo lhe subjaz? Neste plano, nele se reflectem todas as polémicas certezas e incertezas por que passa a história da Revolução Francesa e dos seus seguimentos, ainda agravadas pelo facto de que (i) não estamos a analisar a situação francesa e de que (ii) o processo revolucionário (entenda-se, para já, a expressão como se quiser) português se desenrola depois

de trinta anos de ecos, anseios e temores suscitados pelo que aconteceu em França. Assim, mesmo alguns penetrantes ensaios de balanço das grandes questões conceituais envolvidas no tratamento historiográfico do tema[1], ainda que valham para França, dificilmente podem ser guias suficientes para a situação portuguesa.

Seguindo uma sistematização cómoda, sintetizo brevemente como me situo aqui – embora nem sempre com uma inconcusa coerência – frente aos principais modelos explicativos típicos usados neste domínio e para este período: simplificando, o da "história social", o da "história das ideias políticas" (ou, mudando um pouco, o da história "das representações"), o da história "política", o da "história do direito", o da "história institucional".

A história "social" nunca gozou das minhas simpatias teóricas, sobretudo quando atribuía a grupos ou categoria sociais a natureza de "entidades objectivas", quando subordinava à sua lógica todos os processos sociais (mono-determinismo), quando caía em causalismos revestidos de necessidade (fossem os do materialismo histórico vulgar, fossem os dos famosos "ciclos"). Porém, a verdade é que a sociedade – prosaicamente entendida como plano de manifestação de interesses individuais ou de grupos, como campo de luta pela vida, como espaço de competição pelos poderes – existe mesmo; e, por muito que toda gente tenha notoriamente o gosto de filosofar, muitos há também que nutrem um também evidente gosto em viver. Daí que eu continue a pensar que a história social (ou seja, a consideração dos interesses e das lutas por eles) tem que ser tida em conta, embora – como todas as outras – "a benefício de inventário", ou seja, uma vez avaliados os seus pressupostos e os seus métodos. Neste livro, a história social cobra um lugar aparentemente modesto. Não se insiste nada numa leitura classista; evita-se um vocabulário de pretensa classificação social objectiva; reconhece-se a pluralidade de processos sociais, da mais diversa natureza, bem como as erupções do acaso. Mas também não se cai na beata ingenuidade de supor que mudanças constitucionais – como o princípio da igualdade ou da liberdade de indústria – foram apenas discursos e não tiveram consequências institucionais – como a abolição dos

[1] Refiro-me, sobretudo a três magníficos textos de reflexão teórica sobre a historiografia da Revolução: Francesco Benigno, "Specci della rivoluzione: revisionismi storiografici a confronto", Storica, 1(1995) 7-54; Salvatore Lupo e Francesco Begigno, "Pensare il novecento secondo François Furet, 2(1996), 83-126; Rebeecca L. Spang, "Paradigms and paranoia: How modern is the French Revolution?", American Historical Journal, Feb. 2003, 119-147.

privilégios na atribuição das ofícios, a abolição dos direitos banais e dos forais, a progressiva "libertação da terra". Embora ainda não saibamos, ao certo, o que é que isso representou, nas relações entre as pessoas ou os grupos, seguramente que tais consequências não foram neutras do ponto de vista da distribuição social do poder e do êxito ou fracasso de interesses particulares. Também a polémica politica, por muitos floreados que cultivasse e por muito que vivesse da pura barganha parlamentar, não era um mero jogo a feijões. Tinha a ver com as idiossincracias e pulsões de alma daqueles quinhentos notáveis (ou apenas notórios), mas beneficiava grupos e produzia redistribuições muito mais vastas de poder social. Ora, as regras da arte justamente mandam que, ao fazer história, isto não possa ser jogado fora juntamente com as cansadas vulgatas da história económico-social mais antiquada.

A reacção da primeira geração do "revisionismo" em relação à história social das Revoluções "burguesas" confrontou a eficácia das causalidades económico-sociais da história político-constitucional com a influência recebida das "ideias políticas", nomeadamente das ideias dos grandes fundadores do pensamento político moderno, de Rousseau a Montesquieu, de Kant e J. Bentham. De referências a ideias políticas está este texto cheio. Mas não se ignoram, apesar disso, várias coisas. A primeira é a de que, enquanto tais, essas ideias tinham um público restritíssimo; algumas delas não tinham mesmo público nenhum, porque – apesar de hoje estudadas no contexto da obra do autor – então ou eram inéditas ou quase inacessíveis. Mais do que como investigações sistemáticas e coerentes, estas obras serviam, nas edições ocasionalmente disponíveis em cada mercado, como arquivos incompletos de tópicos fragmentários, em geral compulsados ao nível do índice e frequentemente entendidos apenas ao nível das grandes ideias de cada capítulo. A verdade é que, seja como for, as obras – em geral coerentes e bem construídas – destes autores eram como que máquinas de produção dogmática industrial (como diria P. Legendre): tinham lógicas tão fortes de produção conceitual que resistiam à dispersão e ao atomismo, que podiam mesmo filtrar as apropriações dos leitores e falar, pela boca deles, apesar da ligeireza ou obtusidade dos seus espíritos. Por isso, há sempre a possibilidade de uma utilização elíptica ou equivocada suscitar no auditório uma ideia mais correcta, como uma cantiga desafinada nos pode, apesar de tudo, evocar a versão correcta. Realmente, o chavão "princípio monárquico" ou "prerrogativa régia" devia deixar ao comum dos ouvintes mais instruídos uma vaga ideia de uma qualquer supremacia do rei, fosse a que título fosse e tivesse o conteúdo que tivesse. Mas, a

partir desta evocação, alguém mais letrado podia, baseado nas grandes fontes doutrinais da ideia – as teorias constitucionais inglesa e alemã –, desenvolver uma cadeia de consequências que, por serem a conclusão lógica do tópico que se aceitara como bom, se tornavam de aceitação igualmente obrigatória, sob pena de contradição (uma pena realmente grave no contexto de uma discussão).

Contudo, não era normalmente das grandes teorias dos grandes autores que a opinião pública se alimentava, como bem sabe quem leu jornais ou debates parlamentares da época. Os grandes autores foram mal lidos, mal entendidos, mal citados, truncados, falsificados. Alguns dos seus passos mais sonoros foram retidos, foram repetidos, foram ouvidos e ouvidos, entraram no jargão da opinião pública, embora com sentidos difusos e algo móveis, sendo a partir destas corruptelas que ela se formava. Mas isto já é outra história. É a história das "representações", das "mentalidades", dos "imaginários", políticos. Esta tem que ter neste livro, evidentemente, um certo protagonismo. Na verdade, são estas ideias gerais, falsamente simples e claras – divisão de poderes, ditadura, cidadania, direitos políticos, governo, independência dos tribunais, garantias constitucionais, poder moderador, sufrágio universal ou parlamentarismo –, que formam a opinião pública – esse elemento decisivo na legitimação política do constitucionalismo –, que decidem debates parlamentares, que projectam políticos, que ditam as sortes dos governos e que, com umas ulteriores manipulações de vária ordem, até vencem eleições. Realmente, o que soava na política era o discurso; os interesses apenas se pressentiam ou se bichanavam.

Porém, já isto mostra como também esta história do imaginário constitucional não pode ser separada de elementos que têm, de novo, a ver com o "social". Por isso, é que não se cai na ingenuidade de supor que a sociedade se esgotava em discursos ou, pior ainda, que as realidades dos discursos – as palavras – tinham sentidos que não variavam com os contextos ou que se mantiveram idênticos pelos tempos fora. Ou seja, está-se bem consciente de que é preciso contextualizar os textos, em função de outros textos, em função dos ambientes dos actos de discurso, em função das "leituras", em função das diferentes épocas em que tais discursos são mantidos. Isto leva, desde logo, a que se faça uma leitura perspicaz das representações que cada época fazia de si mesma, das palavras que usava para designar as situações e das classificações que fazia dessas situações. Por exemplo: é claro que a generalização do conceito igualitário de cidadão – apesar de ter tido uma eventual eficácia programática a longo termo, promovendo a ideia de igualdade – não só não deu conta, mas encobriu, as

mais profundas desigualdades sociais. E, se quisermos perceber porque é que a sociedade de oitocentos era a que era, diferente da de Antigo Regime, mas também da nossa, é preciso que nos demos conta de que a palavra "cidadão", na época, tinha contornos específicos, muito menos abrangentes do que os nossos. Isso não se devia a nenhuma maldade especial daqueles nossos trisavós; mas já seria uma grande maldade nossa – e um profundo erro historiográfico – defendermos que eles, com invenções vocabulares como esta, foram os artífices do nosso tempo político. Sim, muitos deles eram democratas e cuidavam das liberdades cidadãs, de uma forma honesta e empenhada. Só que a sua "democracia" não era a nossa; e a sua "cidadania" tão pouco o era. Por outro lado, conversar pode servir para ... desconversar; ou seja, abundar nas palavras pode servir apenas de biombo para as "coisas que realmente contam": uns filosofam, para que outros vivam; ou, mais subtilmente ainda, enquanto uns filosofam, com o aplauso geral, outros vivem, na discreção total. O "tema das reformas políticas" sobre o qual se escreveram, a partir dos meados do século, rios de tinta e se debateu anos a fio, foi uma dádiva do Céu para todos aqueles que o que menos queriam era que se falasse – a propósito da política – das sua vidas, dos seus negócios e dos compadrios, justamente políticos, em que umas e outros vicejavam. Falar de "reformas políticas" era, por isso, para uns perfeitamente supérfluo, porque os problemas "reais" do sistema – os problemas das finanças, do desenvolvimento agrícola e industrial, da educação, do aviltamento da política – não estavam aí; para outros, pelo contrário, era absolutamente indispensável, justamente pela mesma razão ... Por outro lado, a opinião pública é, antes de tudo, um produto social. O produto dos meios localmente disponíveis para criar um "espaço público" – jornais, redes de sociabilidade política, conhecimento de línguas, hábitos de gregarismo político (em clubs, meetings, rallies, manifestações, liturgias cívicas), meios de comunicação, leis de imprensa, liberdades cidadãs. Ao contrário do que alguns pensam, isto tem muito a ver com factores de produção social do espaço de debate político e apenas pouco – se não me engano – com questões de prosopografia.

Ou seja – e com isto entro no breve apartado que dedico à história "política" –, todos os complots imaginados e imagináveis dos 700 a 1000 "políticos" da França revolucionária não podem explicar a Revolução Francesa. Como todas as conjurações maçónicas, realistas e ultramontanas que se tenham produzido em Portugal durante os primeiros 30 anos do séc. XIX são absolutamente insuficientes para explicar a história político-constitucional do período. O mesmo se diga de todos os cambalachos,

enlaces, partidas de whist, seroadas, conversas políticas, luvas ou bengaladas, que pontilharam a cena político-mundana do rotativismo parlamentar português. Para começar, tudo isto estava codificado em sentidos, estratégias de vida, imagens de si e do mundo, comportamentos, que não dependiam dos sujeitos, mas lhes eram objectivamente impostos. Como, para nós, "ter (ou não) vergonha na cara" não depende muito nem da nossa vergonha, nem da nossa cara, mas do valor da vergonha e do apreço pela cara num meio social localizado. E, como se sabe, é de ter ou não vergonha na cara que também depende, entre outras coisas, o modo como nos comportamos uns com os outros. A história "política" foi também uma das respostas revisionistas à história social, marxista ou não. Como foi uma resposta a uma história das ideias, desencarnada da realidade da vida. Méritos seus. Mas foi também uma resposta ... sem resposta. Porque, em troca de modelos errados, ofereceu ... colecções de "factos" (ingenuamente reificados) ou, pior ainda, uma teoria implícita e acrítica da acção, tudo envolvido em chavões como "retorno aos factos", "regresso aos arquivos", "fidelidade àquilo que de facto aconteceu". Apesar de tudo, algo há a guardar da contextualização narrativista. Como a sopa de pedra, é óptima ... se levar o resto dos condimentos. Ou, utilizando ainda uma metáfora culinária, se os ingredientes forem bons, nunca percamos de vista que, mesmo que os saboreemos como nos são fornecidos, sempre podem ser re-aproveitados para outras receitas.

Depois, a "história do direito", entendida como história dos dogmas e conceitos do saber jurídico. Neste contexto, a história do direito serviu-nos, sobretudo, como um capítulo da história das mentalidades. Um capítulo particularmente relevante. Não porque o tema do livro pareça um tema de direito, já que, na verdade, aos juristas tudo parece tema de direito; mas porque, no tal espaço público em que se modelava a acção social e política neste domínio, os juristas eram os principais fautores de opinião. Na escola, nos manuais, nos livros mais especializados, no parlamento, nos tribunais, nos jornais, os bacharéis, os doutores e os lentes de direito pululavam. Por outro lado, era normalmente por seu intermédio que o espaço público da política constitucional portuguesa se ligava a espaços congéneres estrangeiros[2]. Se, na primeira metade do século XIX, muitos emigrados e alguns

[2] Voltarei ao tema da opinião pública, conceito central tanto na teoria política de hoje, como na doutrina constitucional do séc. XIX. Porém, concretamente sobre o papel dos juristas na formação da opinião pública em matéria política, v. Alain Laquieze, "L'opinion publique des juristes"; e, em geral, sobre opinião pública e história constitucional, v. Gio-

intelectuais difundiram os constitucionalistas franceses e ingleses, na segunda metade do século, a divulgação – que seria decisiva – dos constitucionalistas e politólogos italianos e alemães foi obra quase exclusiva da Faculdade de Direito de Coimbra. Claro que também estes leitores – apesar da sua sapiência e gravidade – tresliam, metiam as suas "buchas", combinavam o incombinável, liam em segunda mão, e, sobretudo, padeciam daquele tradicional sindroma de pensarem que o mundo é ... o "Instituto Jurídico". Mas o que resultava era convincente, tinha um ar fiável, vinha da ciência e não da política, gerava consensus fáceis no espaço público: eclético, combinando argumentos que iam da natureza das coisas às histórias tanto bíblica como clássica, passando pela filosofia e pelas belas letras, terminando nas nascentes ciências sociais. Tudo isso muito embalado num estilo magistral, num ar pomposo e rematando na invariável adopção de uma posição ... "intermédia". A leitura dos textos que aqui usei, nomeadamente, dos manuais universitários, fornece exemplos impressionantes da eficácia deste discurso. Serenamente, expondo de forma equânime as várias opiniões, apelando a um raciocínio controlado em tudo menos nos seus pressupostos, distribuindo críticas a um lado e ao outro, despotenciando a carga política das questões, as "sebentas" reduzem a política a um jogo de uma lógica sui generis, im-provável mas provável, em que a sensatez substitui o rigor, como acontecida, em geral, nas "ciência morais e políticas", por oposição às "ciências exactas". Por isso é que a dogmática jurídico-constitucional há-de ocupar aqui um lugar central, como gramática de um sector estruturante da opinião pública. Quase com as mesmas características, tem vindo a desempenhar, desde então, um papel muito semelhante, embora com outras parcerias discursivas.

Finalmente, a história institucional. Legitimadas pela opinião pública geral, objecto de planos de pormenor a cargo da dogmática jurídica, formalizadas pela constituição, pelas leis e pelos poderes constituídos, as instituições produzem, de forma industrializada e massiva – como a opinião pública, mas agora com características de coercibilidade – efeitos disciplinadores. Não é que as instituições desempenhem este papel com docilidade, sem falar por si mesmas, sem que os seus mesmos mecanismos não produzam distorções. Como aqui se verá, a institucionalização da ideia de um poder "executivo" deu como resultado o surgir de um aparelho institucional de "governo", que – como veremos – era uma hipertrofia da matriz,

---

vanni Busino, "Alla ricerca d'una teoria dell'opinione pubblica", cit., ambos em Opinione pubblica. Storia, politica, costituzione dal XVII al XX secolo, cit..

uma espécie de derrapagem cancerígena do modelo original. Os efeitos desta capacidade poiética autónoma das instituições foi, neste caso, fatal: a criatura – a "governamentalização da política" – matou o criador – o "dogma da divisão de poderes".

Em suma, o que se pretenderia era tecer uma narrativa em que, sob a hegemonia da história da dogmática jurídico-constitucional – aqui simplesmente como discurso estruturante do espaço público especializado dos políticos –, (i) a história dos imaginários sociais (ou seja, a história da opinião pública – com as suas longínquas raízes na história das ideias políticas), (ii) a história das instituições e, como pano de fundo, a (iii) história social, tivessem os seus lugares devidos. Por isso, este livro, que assenta basicamente sobre o primeiro aspecto, deveria constituir a primeira peça – dedicada à razão jurídica – de um tríptico. De que a segunda peça seria uma história dos imaginários políticos – a razão política. E a terceira, uma história do Estado e do direito – a razão governativa. Não sei se algum dia saberei o suficiente para fazer isso. Mas, pelo menos, deixo aqui esta confissão de insuficiência.

O livro abre com uma descrição de uma ruptura constitucional fundadora, a que distingue o modelo político iluminista do das anteriores monarquias de Antigo Regime. Não se tratando de um capítulo com grandes novidades, pareceu-me útil, em todo o caso, realçar uma vez mais (porque parece frequentemente demais que tanto historiadores como historiadores juristas ainda não o tenham notado ...) o que o despotismo iluminado traz de absolutamente novo à constituição das monarquias de Antigo Regime, como achei que devia problematizar um pouco a ideia corrente (também em coisas que anteriormente escrevi) do novo impacto da lei; isto porque, se se ler com cuidado o novo discurso jurídico e político, a lei aparece sempre como subsidiária de uma ordem da razão, uma ordem que se irá positivar, não tanto nas constituições, produto de vontades fugazes, mas nos códigos, esses monumentos de um saber jurídico eminente.

À conjuntura constitucional vintista dedico menos atenção do que ela poderia merecer. Sobretudo porque tem sido tema bastante tratado pela historiografia, sobretudo pela historiografia das ideias. Em todo o caso, conviria fazer um cuidado exame crítico das etiquetas que se lhe colaram, de radicalismo e de estrangeirismo. Surgida num período de refluxo europeu das ideias revolucionárias, em que o modelo constitucional em voga era o da Carta constitucional francesa de 1814, a Constituição de 1822 ergue-se contra a corrente; embora, por vezes, apenas em questões que, ulteriormente, em constituições que as decidem diferentemente, se

revelam de pouco impacto prático. Tal é a questão do veto real das leis – que, no cartismo, apenas excepcionalmente foi usado – ou a questão do número de câmaras parlamentares, já que não é claro que a existência de uma câmara alta, nas constituições seguintes, tenha tido um papel político central. Um regime parlamentarista, semelhante ao que surgiria na segunda metade do século, poderia ter funcionado com esta constituição vintista. A conjuntura política não ajudou e tanto a literatura miguelista como a cartista foram bastante eficazes na construção do mito de um vintismo descabeladamente radical.

Alguma atenção se dedica aos projectos constitucionais da restauração joanina, esse curto lapso em que D. João VI mostra indícios de querer seguir o caminho de Luís XVIII, outorgando ao país uma constituição "moderada". O interesse dos projectos concorrentes é o de mostrar as continuidades com a Carta constitucional de 1826, o que, não sendo nada de estranhar, contribui para esbater o mito da ruptura cartista, da natureza fundadora do acto constituinte de D. Pedro IV, realçando tudo aquilo que, na Carta, representa continuidade com um modelo constitucional restauracionista.

O tratamento da Carta constitucional e das práticas político-constitucionais que se desenvolvem no seu quadro é mais extenso e detalhado. Não faço, aí, nem economia da dogmática constitucional, nem de incursões na incipiente história dos mecanismos político-administrativos. Os historiadores não compreenderão a primeira decisão, os constitucionalistas acharão deslocada a segunda. Não são, porém, caprichos meus. A dogmática jurídica tem um importante papel conformados, por constituir o quadro de leitura do direito e da vida política, sobretudo num universo em que os juristas dominavam (até quantitativamente, entre o pessoal político). Por sua vez, a prática institucional – que os juristas acham que é coisa exterior ao direito – representa o direito constitucional em acção. Infelizmente, muito pouco pude avançar neste último domínio, porque, nesse ramo, a historiografia portuguesa apenas dá os primeiros passos. Seja como for, a Carta constitui o enquadramento mais permanente da vida política portuguesa. Tentei mostrar, por isso, como ela envelheceu ou se adaptou a agendas políticas que iam mudando; e como, ao fim e ao cabo e apesar de vários arremedos de emendas, acabou por soçobrar, porventura por causa de uma questão não essencial – a "questão do regime", dando lugar a uma constituição – a de 1911 – que, estruturalmente, se assemelha muito à constituição prática do último cartismo.

Na secção dedicada à Carta vão inseridos os excursos que me parecia indispensável inserir aqui sobre a constituição dos aparelhos de governo.

Neste livro, são como que incidentais. Mas espero poder dedicar, com mais tempo e mais trabalho, um outro livro à anatomia e fisiologia do poder, baseada numa forte componente quantitativa e normativa-regulamentar.

Termino com uma secção, que talvez pudesse ser a primeira, sobre os modelos jurídicos que a mão invisível supunha e o modo como a mão visível do direito e do Estado lhes deu realização. Pondo as coisas, de forma radical, como elas devem ser postas para se tornarem claras e apetecíveis, como o direito construiu o mercado, os seus sujeitos, os seus objectos, as suas regras de funcionamento. Em certos pontos, trata-se de revisitar temas das secções anteriores; noutros, abordam-se questões novas. Mas, sobretudo, olha-se o todo com outra perspectiva.

Este livro nasceu do ensino, na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, e da investigação relacionada com ele, nomeadamente da realizada tanto no âmbito dos cursos que me coube reger como no de um projecto de investigação sobre "A Constituição Política da Modernidade em Portugal". Por isso, fica-se a dever também a esse ambiente académico, como foro de debate e de experimentação de ideias, à FCT, como entidade financiadora do tal projecto, e – mais do que tudo, como os próprios bem sabem – aos Colegas com que mais privava e com quem ia discutindo homeopaticamente as ideias que aqui vêm; a quem agradeço a paciência, pedindo ao mesmo tempo desculpa de, em momentos de menos senso, eventualmente ter mantido as minhas opiniões originárias. O texto foi cuidadosamente revisto pelo André Ventura, a quem agradeço a competência e o empenhamento postos na tarefa e a ajuda que me deu no arranjo do texto final, e não apenas em aspectos formais.

Confesso, finalmente, que tenho a ilusão de que este livro possa servir para estimular interesses, servindo também de homenagem àqueles colegas, sobretudo portugueses e brasileiros, que, ultimamente, têm investido nesta área em termos renovados.

Lisboa, Verão 2004

PRINCIPAIS ABREVIATURAS USADAS

AHP	– Arquivo Histórico Parlamentar
Alv.	– alvará
ANTT	– Arquivo Nacional da Torre do Tombo
BNL	– Biblioteca Nacional de Lisboa
CL	– Carta de Lei
Cod.	– código (ou códice)
COLP	– Colecção oficial de legislação portuguesa.
DC	– Diário das Cortes.
DCD	– Diário da Câmara dos Deputados.
DCGC	– Diário das Cortes Gerais Constituintes [da Nação Portuguesa], 1837-1838.
DCGECNP	– Diário das Cortes Gerais Extraordinárias e Constituintes da Nação Portuguesa.
DCGNP	– Diário das Cortes Gerais da Nação Portuguesa.
DCP	– Diário da Câmara dos Pares.
DCS	– Diário da Câmara dos Senadores.
Dec.	– Decreto
DG	– Diário do Governo.
L.	– Lei
n.	– nota
Sess.	– sessão



2. INTRODUÇÃO

No estudo dos mecanismos do poder, o contexto teórico é dominado por duas preocupações. Por um lado, a de não reduzir os fenómenos político--institucionais a um reflexo das tensões socio-económicas; por outro, a de adoptar um conceito alargado de poder que inclua no sistema político fenómenos que não pertencem ao universo jurídico-estadual.

Esta nova forma de compreender o poder obriga a pôr em causa algumas das perspectivas correntes sobre a natureza do "constitucionalismo", bem como da natureza das (r)evoluções que o instauraram. Por um lado, problematizando um modelo explicativo que ligue muito estreitamente as modificações do poder à evolução das estruturas económicas ou à dinâmica das classes sociais. Por outro lado, recusando-se a ver nas alterações políticas revolucionárias algo que se reduz apenas aos mecanismos do direito oficial e do Estado, abrangendo, pelo contrário, a consideração de outras ordens do poder – como a igreja, a família, a burocracia, a ciência – e de mecanismos de condicionamento social diferentes dos mecanismos jurídico-institucionais, como a opinião pública[3]. Por isso, no estudo histórico dos mecanismos do poder, o actual contexto teórico caracteriza-se, sobretudo, por duas linhas de orientação.

A primeira linha de orientação reside na superação das concepções que reduziam os fenómenos políticos e institucionais ou a um reflexo ou a um instrumento das tensões sociais e económicas; neste sentido, reage-se contra a ideia de que os mecanismos do poder possam ser explicados ou por uma certa lógica socio-económica ou por um projecto intencional (de

---

[3] Cf., neste sentido, Lorenzo Ornaghi, "Scienza politica e Storia costituzionale. Osservazioni intorno a un sodalizio utile (e possibile)", em *Giornale di Storia* Costituzionale, 1, 2001, 9-16; António Manuel Hespanha, "Marginalia sobre dois seminários de história do poder", cit.; no mesmo sentido, para a história administrativa, Guido Melis, *Storia dell'amministrazione italiana*, 1861-1993, Milano, Il Mulino, 1996 (por debaixo da política o "real administrativo", 10). Cf., ainda, a bibliografia indicada nas duas notas anteriores, sobretudo a referida na primeira delas, fundamental para se entender o que está hoje em causa, do ponto de vista historiográfico, quando se faz a história política deste período.

um grupo, de uma «classe»), realçando-se, em contrapartida, a sua dependência em relação às condições materiais de produção do próprio poder. Essas condições materiais de "produção do poder" (ou da "comunicação política) incluem:

- questões do âmbito do imaginário (nomeadamente, do imaginário político, designadamente, as ideias correntes sobre como é o homem, o que é a sociedade, o que é governar, quais os fins do bom governo);
- questões ligadas à imaginação jurídico-constitucional (o que é a "constituição", quais os modelos imaginados dos constitucionalistas, os seus "dogmas", os seus "institutos");
- questões ligadas à materialidade da comunicação política, nomeadamente ligadas à textualidade constitucional (o discurso constitucional, o seu vocabulário, a sua ordem, as suas referências, os seus subentendidos);
- ou, mais em geral, questões ligadas à própria estrutura da comunicação política, como, por exemplo, a dimensão e natureza do universo dos actores e dos destinatários (ou objectos) da acção política, os meios de comunicação política disponíveis, os horizontes de recepção dos textos;
- questões relativas ao âmbito da "governação" (*governance*), como as suas áreas de acção e os seus objectivos;
- questões relativas aos aspectos logísticos da "governação" (meios humanos, financeiros, comunicacionais)[4].

A segunda linha de orientação metodológica consiste na adopção de um entendimento alargado de «poder», que não o identifique com os fenómenos e processos classicamente descritos pela história jurídico-institucional, mas que considere ainda todas as outras tecnologias disciplinares – que, por vezes, são apenas ideias-força ("políticas", no sentido de *policies*), outras vezes, mecanismos institucionais, por intermédio das quais se condicionam os comportamentos (a "organização técnica", a "assistência", o "fomento", etc.), outras vezes são "morais" (nos vários sentidos da palavra, desde o de princípios éticos até ao de simples hábitos ou costumes),

[4] Tudo isto necessitaria de explicações complementares detalhadas, que não cabem neste lugar; abordei alguns destes temas na introdução ao meu livro *Cultura política europeia [...]*, caps. 1 a 3. Outros são longamente abordados na bibliografia de carácter metodológico antes citada.

outras vezes são imagens da sociedade e do homem (como os saberes, a opinião pública).

Nesta síntese, procuraremos tirar as consequências destes diversos níveis de problematização. Adoptaremos um conceito de sistema político-institucional:

- que realce a sua autonomia (o seu carácter "auto-referencial"),
- que compreenda mecanismos jurídico-políticos actuando pelo constrangimento e dispositivos condicionando por formas não coactivas e
- que contemple, ao lado do poder «oficial» (o Estado, a lei), os poderes «informais» periféricos.

Conjunturalmente, a primeira preocupação é, talvez, a mais urgente, dada a tendência que domina a "historiografia política" no sentido de se preocupar, ou apenas com "as ideias", ou apenas com "a política". Num caso ou no outro, o nível especificamente jurídico – ou mesmo o nível especificamente institucional – são completamente desatendidos, como se fossem matéria histórica inerte. No caso particular da história da constituição e do Estado, isto leva a uma sua absorção pela história das ideias políticas ou, no outro extremo, pela história – de pendor sistémico ou de pendor bio-prosopográfico – da "prática política".

Em todo o caso, apesar de, conjunturalmente, este ser o tópico a ser sublinhado, o perigo de uma história constitucional meramente dogmática – ou seja, reduzida à história dos conceitos ou dos textos constitucionais, como se eles fossem entidades separadas do resto da prática social –, como foi feita, durante décadas, pelos juristas, não está definitivamente afastado, nomeadamente entre os historiadores do direito. Daí que, lidando nós aqui sobretudo com um discurso – o discurso constitucional –, não podemos nunca deixar de o descrever em toda a sua complexidade[5]. Ou seja: se ele constitui um conjunto de mensagens emitidas com intenções originárias, também é entendido por receptores (o que é diferente de "destinatários")

---

[5] Neste sentido, a deliberada "pureza" dogmática de Bartolomé Clavero (no seu *Manual de história constitucional de España [...]*) deve ser entendida, segundo creio, mais como uma provocação dirigida contra uma pretensa história política – que, ligeiramente, omite os momentos jurídicos da prática política –, do que como uma orientação a ser levada a cabo, sistematicamente, pelos historiadores da constituição. Se isso acontecesse, a história constitucional e do Estado perderia muita da inteligibilidade que uma visão mais complexa lhe pode conferir.

com específicos "horizontes de leitura" e diferentes "intenções de apropriação"; se nele se podem verificar "invenções" e sentidos novos, ele também é, em contrapartida, limitado por um "vocabulário" e uma "gramática" que carreiam continuidade; se se trata de uma realidade mole, quase imaterial, de textos e de palavras, incarna e realiza-se através de dispositivos duros, constituídos por pessoas, artefactos materiais, sistemas de organização; finalmente, se o direito não é, directamente, política (porque a justiça não se costuma confundir, nos nossos valores sociais, com a oportunidade), o certo é que as soluções jurídicas têm seguras e inevitáveis consequências políticas.

3. A CONSTRUÇÃO DO ESTADO COMO «ENTE IMAGINÁRIO»

Mas, afinal, o que é isso de "Estado"? A palavra é muito antiga na tradição política europeia. "«status», «stato», «estat», «estado», «estate», «Staat» significa antes de tudo um bem fundiário e, relacionado com isto e no plural, ou o património de um príncipe ou os "estados" territoriais; para além disto, o estado de uma comunidade, no sentido da sua constituição; depois, a corte de um príncipe, o seu regime e as esferas da sua política; até, finalmente, ser utilizado como sinónimo de «Res publica» («Gemeinwesen», coisa pública), na Itália desde 1500, na França no decurso do séc. XVI, em Inglaterra e já muito continuamente na Alemanha no séc. XVII. Enquanto que em França já no séc. XVII se falava de «état souverain». Na Alemanha, porém, isto só ocorre no séc. XIX. Na verdade, a expressão domina a linguagem política alemã desde então, enquanto que em França e, sobretudo, em Inglaterra, a expressão desempenhava um papel secundário, ao lado das expressões «république», «nation», «country» e outras semelhantes"[6].

Na linguagem política contemporânea, a expressão recebeu um conteúdo forte da publicística alemã do séc. XIX.

"Os juristas alemães finalizaram a teoria do Estado, atribuindo-lhe personalidade jurídica e desenvolvendo de forma correspondente a sua definição, por volta de 1837. A partir disto, construíram as seguintes características ou pretensões do Estado moderno: 1. Um território, como espaço de soberania exclusiva; 2. uma população, como conjunto de pessoas aí assente e associadas de forma duradoura; 3. um poder soberano, que (a) na ordem interna significava o exclusivo da força legítima e (b) na ordem externa significava a independência jurídica em relação a outras instâncias. A unidade estrita do território, do povo e do poder representavam uma espécie de denominador comum. Apenas existiria um poder de Estado,

---

[6] Cf. Wolfgang Reinhardt, *Geschichte [...]*, cit., 15.

falando a população do Estado, composta de indivíduos juridicamente associados entre si, única língua"[7].

Como já acenámos e como o mesmo W. Reinhardt refere, a definição jurídica é, no entanto, insuficiente para os historiadores. Se se quiser estudar o equilíbrio global dos poderes numa sociedade, tem que se constatar que a forma contemporânea de Estado, tal como os juristas oitocentistas a configuraram, apenas existiu entre os finais do séc. XVIII e os meados do séc. XX. E, mesmo neste arco de tempo, a estrutura estadual formal esteve longe de cobrir todas as articulações de poder[8] que se combinam na estrutura global da sociedade.

A ideia de Estado incorpora, a partir dos finais do séc. XVIII, uma referência muito forte à monopolização do poder político, à constituição de um centro político único na sociedade; a qual, por isso, fica vazia de poder de *imperium* e organizada, apenas, por relações políticas paritárias, entre cidadãos iguais, de natureza contratual ("sociedade civil", "sociedade civil sem império")[9].

A ideia de que na sociedade há, ou deve haver, apenas um centro político teve um parto longo e difícil no pensamento político ocidental. Perdidas as concepções «estadualistas» romanas – embora não os textos que as expressavam –, o mundo medieval e moderno viu o poder como uma realidade repartida por diversíssimos pólos sociais, cada qual dotado da sua esfera política («jurisdicional») autónoma.

Um deles era, decerto, a coroa. Mas custou muito a implantar-se a concepção de que as prerrogativas político-jurisdicionais desta fossem de natureza diferente das dos outros centros políticos. Que existiam direitos naturalmente pertencentes ao rei (*regalia*, direitos reais) era admitido desde o século XII[10]; que esses direitos lhe pertencessem de maneira forçosa e

[7] Cf. Wolfgang Reinhardt, *Geschichte [...]*, cit., 16. Cf., *infra*, 205.

[8] Sobre o conceito de poder com que aqui lidamos (qualquer possibilidade de agir sobre a conduta de outrem; o conceito é ainda mais vasto do que o de Max Weber: "Chance, innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel worauf diese Chance beruht" [a possibilidade de, no seio de uma relação social, impor a sua vontade, mesmo contra a de outrem, independentemente do domínio a que esta oportunidade se refira] (Max Weber), nomeadamente para poder incluir formas mais difusas de poder, como aquelas que M. Foucault incluiu no "poder pastoral"; cf. Hespanha, *Panorama...*", *maxime*, 41 ss.; cf. também W. Reinhardt, *geschichte* [...], etc., 17 (Max Weber).

[9] Cf., *infra*, sobre os pressupostos institucionais e jurídicos do modelo, cap. 15.

[10] Cf. António Manuel Hespanha, *Cultura jurídica europeia [...]*, cit., nomeadamente, cap. 5 (*maxime*, 5.4 e 5.5).

inseparável, isso foi ponto sobre que a doutrina hesitou e que a prática desmentiu até muito tarde. Que ao rei competia uma jurisdição suprema (*majestas, mayoria*) também era pacífico; mas que esta equivalesse a um poder não partilhado, livre de quaisquer constrangimentos internos ou externos, eis o que ninguém – nem porventura J. Bodin (1530-1596) – conseguiu estabelecer até aos finais da época moderna[11].

Em Portugal, concretamente, a recepção das teorias absolutistas, em desenvolvimento no resto da Europa, foi dificultada pelo pronunciado «particularismo» político da Segunda Escolástica peninsular e pelo pluralismo efectivo do sistema político-institucional. No entanto, nos finais do século XVIII, as ideias correntes nos círculos intelectualmente dirigentes tinham sofrido uma profunda mutação. O iluminismo pombalino tinha conseguido impor a ideia do carácter ilimitado absoluto do poder real. Na *Deducção Chronologica* (1767) já se afirma que «o governo monárquico é aquele em que o supremo poder reside todo inteiramente na pessoa de um só homem, o qual homem, ainda que se deva conduzir pela razão, não reconhece contudo outro superior (no temporal) que não seja o mesmo Deus; o qual homem deputa as pessoas que lhe parecem mais próprias para exercitarem nos diferentes ministérios do governo; e o qual homem, finalmente, faz as leis e as derroga, quando bem lhe parece» (II, p. 640). E obra que orientará a formação dos juristas portugueses até aos meados do século XIX, as *Institutiones iuris civilis lusitani* [Instituições de direito civil (= dos cidadãos) português] (1780-1793), de Pascoal de Melo, abre com a declaração de que «no direito supremo do imperante se contém tudo o que é necessário para a defesa da cidade e para fazer tudo aquilo sem o que não se pode obter de modo cómodo a segurança, tanto interna como externa, e a salvação do povo, que é a lei suprema» (I, § 2.)[12].

A unidade do poder político não foi sempre explicada da mesma forma. Para o jusnaturalismo contratualista, o seu fundamento era a unidade da própria comunidade humana que tinha estabelecido o pacto social originário. Para os adeptos da monarquia pura (como, entre nós, Pascoal de Melo ou Francisco de Sousa e Sampaio) – que viam na conquista e na sucessão a origem do poder do rei –, era a unidade da própria pessoa do

[11] Cf., sobre este ponto, António Manuel Hespanha, "Qu'est-ce que la constitution dans les monarchies ibériques de l'époque moderne", *Themis*, 2(2001), 5-18; com maior desenvolvimento, Id., *As vésperas do Leviathan [...]*, cit..

[12] Cf., sobre este ponto, Hespanha, António Manuel, "Representações da sociedade e do poder", em A. M. Hespanha, *O Antigo Regime* (vol. IV de J. Mattoso (org.), *Historia de Portugal*, Lisboa, Círculo de Leitores, 1993, pp. 121-157 (*maxime*134-145).

rei, como senhor único e exclusivo de todos os súbditos, embora o facto de o seu poder se exercer em função do bem-estar da sociedade excluísse o carácter patrimonial do Estado. Finalmente, para a última vaga jusnaturalista, já identificada com o ideário democrático, o fundamento da unidade do poder supremo, ou soberania, era a unidade da própria Nação.

A equivocidade dos seus fundamentos teóricos assegura, assim, que esta ideia de unidade e exclusividade do poder político – que se começara a gerar com o contratualismo da escolástica franciscana, ainda nos finais da Idade Média, que se robustecera com o contratualismo aberto dos grandes pensadores políticos de Quinhentos e Seiscentos (Jean Bodin, Th. Hobbes), que se vulgarizara com a difusão europeia do jusracionalismo alemão (S. Pufendorf, Chr. Thomasius, J. G. Heineccius), que se legitimara, do ponto de vista democrático, com a adesão de, por exemplo, J. J. Rousseau[13] – realiza, sem problemas, o trânsito do despotismo iluminado para os regimes democráticos revolucionários, constituindo um pano de fundo, permanente e progressivamente mais nítido, da evolução do pensamento político moderno e contemporâneo.

[13] V., sobre tudo isto, em síntese, António M. Hespanha, *Cultura jurídica europeia [...]*, cit., cap. VII.

4. A CULTURA CONSTITUCIONAL DOS FINAIS DO ANTIGO REGIME PORTUGUÊS.

O pensamento político do Iluminismo português tardio esteve já interessado nas temáticas daquilo que, depois, veio a ser o pensamento constitucional. Tendo ventilado pela primeira vez – ou, pelo menos, de uma forma nova – alguns dos pontos centrais do constitucionalismo contemporâneo.

Um deles foi o do carácter voluntário da ordem política: o direito e a constituição teriam sido instituídos pelo legislador – ou pelo legislador primitivo, no contrato social; ou pelo legislador derivado, ao abrigo dos poderes que lhe tinham sido conferidos por aquele contrato. E não, como pretendera o naturalismo do direito comum clássico, colhidos (pelos juristas) da natureza e da tradição.

Outro foi o de que a constituição devia ser escrita e solenemente codificada, sob a forma de um texto legal fundamental.

Ambas as ideias são férteis em consequências teóricas e normativas.

4.1. **O direito, entre lei e razão**

O tópico da necessidade de considerar a vontade do príncipe, tal como estava formalizada na lei, como fonte exclusiva de direito, suprimindo a confusão e a anarquia resultante de um quadro pluralista das fontes de direito (desde o costume às decisões judiciais), começou a ser difundido em Portugal nos inícios da segunda metade do séc. XVIII[14]. A própria semântica o atestava: começa-se a notar uma tendência para usar, em substituição da palavra "lei" – que remetia para a atitude passiva de "ler" algo que já estava escrito –, a palavra "constituição" – de *con+sta-*

---

[14] Nuno E. Gomes da Silva, *História [...]*, cit., 350 ss.; Rui Manuel Marcos, *A legislação [...]*, p. 43-60; mas, agora, sobretudo António Pedro Barbas Homem, *Judex perfectus [...]*, *passim*.

tuere, estabelecer conjuntamente – para designar as providências jurídicas emanadas da vontade real. O carácter eminente da lei implicava, porém, uma mudança dramática na arquitectura do sistema jurídico; e isto levou muito tempo a consumar-se, como veremos.

O exemplo desta política das fontes tradicionais do direito comum em relação à lei é, em Portugal, a "*Lei da Boa Razão*" (19.8.1769)[15].

A Lei tinha por fim modificar radicalmente o quadro das fontes de direito, tal como resultava das *Ordenações* do reino, desde o séc. XV (*Ordenações afonsinas*, 1446; *Ordenações manuelinas*, 1512; *Ordenações filipinas*, 1604), nomeadamente em face da interpretação doutrinal e jurisprudencial que a estas era dada. O primeiro conjunto de determinações da Lei dizia respeito aos costumes, à jurisprudência e à doutrina. A estratégia era, em qualquer dos casos, desvalorizá-los em face da lei. Relativamente aos costumes, a Lei punha-lhes exigentes condições de vigência, quer quanto à sua generalidade e antiguidade, quer quanto ao seu conteúdo, ao dispor que eles teriam que ser conformes aos princípios da boa razão, bem como às determinações das leis (*ibid.*).

A Lei também enfraquecia fortemente a relevância das fontes doutrinais tradicionais, não apenas ao reafirmar que os direitos romano e canónico – o que, nesta altura, queria sobretudo dizer, a doutrina romano-canonística – apenas vigoravam na falta de lei do reino[16], mas também ao negar valor vinculativo à *Glosa* de Acúrsio e aos *Comentários* de Bártolo (§ 13), obras que, directa ou indirectamente, tinham condicionado toda a doutrina anterior[17].

No entanto, aquilo que costuma ser apontado como o passo inicial desta ascensão da lei parece preparar antes a primazia da razão, de uma razão agora ligada à modernidade e não à tradição. De facto, se a Lei fechava uma porta à doutrina, abria-lhe, em contrapartida, uma outra.

Na verdade, a Lei estabelecia que costumes e direito romano só vigorariam se não contrariassem os princípios da Boa Razão (§ 9). Começa aqui, justamente, o filão que vai determinar o futuro das fontes de direito durante os próximos cem anos, pelo menos.

---

[15] Recentemente, sobre esta lei, Rui Manuel Marcos, *A legislação [...]*, p. 156-163; consequências, *ibid.*, 180-198.

[16] O direito canónico era, pura e simplesmente, excluído como fonte de direito dos tribunais seculares.

[17] Cf. A. M. Hespanha, *Cultura jurídica [...]*, cit., cap. 6.5.

"Boa razão" era, desde logo, o padrão geral a que qualquer norma jurídica se devia conformar. E, por isso, a razão tanto devia constituir o espírito da legislação régia (§ 14) como transformar-se no critério de validade dos costumes e do direito romano[18].

Esta boa razão – como espírito das leis dos monarcas iluminados – podia ainda recolher-se directamente de uma norma jurídica em vigor. Por isso se estabelecia que, nas matérias "modernas" – relacionadas com a política ("polícia"), a economia, o comércio e a navegação –, vigorassem no Reino, as leis das nações cristãs, civilizadas e políticas, que traduziam as aquisições da "Aritmética Política, e da Economia do Estado" (§ 9). Constituindo aquilo a que se passará a chamar o "Direito público universal"[19].

Na sequência destas conclusões, o ensino do direito tinha que ser mudado correspondentemente. Assim, os Estatutos da Universidade de Coimbra, reformados em 1772, criaram uma cadeira de "Direito natural, público e universal, e de Direito das gentes" (*Estatutos da Universidade*, III, II, V, § 3), comum às duas Faculdades jurídicas ("Leis" e "Cânones")[20]. É na doutrina produzida no âmbito desta última disciplina que se formam as categorias com que o direito público irá lidar até bem depois da revolução liberal. De facto, o compêndio do austríaco Carlos António Martini[21], que veiculava as posições do jusnaturalismo holando-alemão (Grócio, Pufendorf, Wolff, Thomasius, etc.), manteve-se em uso nas cadei-

---

[18] "Os quais deviam estar de acordo com aqueles primitivos princípios, que contém verdades essenciais, intrínsecas e inalteráveis, que a ética dos mesmos Romanos havia estabelecido, e que os direitos divino e natural formalizaram para servirem de regras Morais, e Civis entre o Cristianismo; ou aquela boa razão que se funda as outras regras, que de unânime consentimento estabeleceu o direito das Gentes para a direcção, e Governo de todas as Nações civilizadas; ou aquela boa razão, que se estabelece nas Leis Políticas, Económicas, Mercantis, e Marítimas, que as mesmas Nações Cristãs têm promulgado com manifestas utilidades, do sossego público, do estabelecimento da reputação, e do aumento dos cabedais dos Povos [...]", § 9.

[19] "Que – como escreverá António Ribeiro dos Santos – provêm da mesma natureza da sociedade civil, que é comum a todos os impérios, e que contém em geral os direitos e obrigações recíprocas dos súbditos e dos imperantes" (*Notas ao Plano do Novo Código de Direito Público de Portugal [...]*, Coimbra, 1844, I: "Exame do plano", 5; agora publicado em António M. Hespanha e Cristina N. Silva, *Fontes para a história [...]*, cit.).

[20] Cf., por último, Rui Manuel Marcos, *A legislação [...]*, p. 164-175. Eram ainda criadas duas cadeiras de "direito pátrio" no curso de "Leis". Para a literatura jurídica posterior a lei da "Boa Razão", cf., Mário Reis Marques, "Elementos para uma aproximação do estudo do "usus modernus pandectarum" em Portugal", cit..

[21] Carlo Antonio de Martini (1726-1800), *Positiones de lege naturali*, Viena, 1772

ras de direito público durante mais de três quartos de século[22]. Daí que as bases filosóficas do iluminismo contratualista se tenham adaptado basicamente à teoria política do primeiro liberalismo, da qual apenas destoava o método metafísico e dedutivista do jusracionalismo[23].

4.2. As ideias constitucionais na polémica sobre o *Novo Código*

Com esta ideia de um direito baseado na razão combinava-se uma outra – a de um direito harmonicamente disposto numa compilação que escapasse à confusão e à transitoriedade da legislação corrente e que pudesse constituir, quer um repositório de base – "fundamental" – do direito do reino, quer – ao mesmo tempo – o *acquis* inderrogável da ciência da legislação (por sua vez, aplicação de uma série de ciências a montante – a do direito natural, a da economia, a da polícia, a da estatística)[24]. Este monumento é "o código", entidade que se vai colocar como um objectivo estratégico da política e da ciência do direito durante mais de um século[25].

Num decreto de 31.3.1778, a rainha D. Maria I – tendo em conta que a felicidade das nações não podia conseguir-se sem um entendimento claro, certo e indubitável das leis, cuja inteligência se encontraria obscurecida pela sua multiplicidade e obsolescência – decidia criar uma Junta de ministros para "examinar a inúmera, dispersa e extravagante legislação que até hoje se tem observado, mas também a que compõe o corpo das

(Olisipone, Franciscum Borges de Sousa, 1772, Conimbricae, 1802; e outras edições). Sobre ele, Mário Reis Marques, *Codificação e paradigmas da modernidade*, cit., 471 ss..

[22] José Frederico Laranjo, *Princípios direito político e direito constitucional portuguez [Livro 1.°]* – Fascículo 1.°. Introdução, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1907, p. 85.

[23] Cf., com descrição detalhada do contributo dos vários juristas iluministas na génese do vintismo, Zília Osório de Castro, "Constitucionalismo vintista [...]", cit.

[24] Sobre o paralelismo entre poder, direito e ciência, cf. A. M. Hespanha, *Cultura jurídica europeia* ...., 227 ss..; "Marginalia ....", *maxime*, p. 187 ss. (recolhendo um tópico de Foucault); num plano teórico mais aprofundado e temporalmente mais vasto, Boaventura Sousa Santos, *Crítica da razão indolente [...]*, cit.; para esta época, sobre ciência e legislação, António Barbas Homem, *Judex perfectus [...]*, cit., § 31.VIII ss.; Airton L. Cerqueira-Leite Seelaender, *Polizei, Okonomie und Gesetzgebungslehre*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2003, *maxime*, 56 ss, 76 ss..

[25] Sobre o movimento da codificação e o seu sentido epocal e civilizacional, v., por último, Paolo Cappellini & Bernardo Sordi (dir.), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milano, Giuffrè, 2002.

Ordenações do Reino", recompondo-a sob a forma de um *Novo Código*[26]. Nisto, a Rainha conformava-se com a doutrina então dominante sobre a necessidade de reduzir e de sistematizar o corpo legislativo[27], além de alinhar com outros reinos em que existiam idênticas preocupações e em que projectos semelhantes começavam a ser ventilados (Toscana, Sardenha, Áustria e Prússia). O projecto do *Novo Código* falhou, de momento[28], apenas tendo sido aprovado, anos depois, um Código penal militar (aqui, também, em virtude o do espírito reformista que o Conde reinante de Schaumburg-Lippe tinha introduzido na organização militar portuguesa)[29].

---

[26] Sobre este projecto, s. Silva, 1991, 370 ss.; mais recentemente, António Pedro Barbas Homem, *Judex perfectus [...]*, cit. 399 ss.; Mário Reis Marques, *Codificação* [...], 2003 [Sobre a codificação em Portugal, 500 ss.; divulgação em Portugal do Código da Prússia e do *Code civil*, 608 ss.].

[27] Cf. António Ribeiro dos Santos, (Santos, 1843, "Exame do plano", 26). Referindo expressamente o exemplo da Rússia. Sobre o tópico, Rui Manuel Marcos, *A legislação [...]*, p. 72-74. Avaliação crítica das *Ordenações*, José Veríssimo Álvares da Silva, *Introdução ao Novo Código [...]*, cit.; sobre a multiplicidade das leis, José Manuel Ribeiro Vieira de Castro, *Obras*, "Ensaio I", 3-32;

[28] Há, no entanto, muitos materiais preparatórios em arquivo: "Codigo Criminal", cod. 6973 BNL (no final, uma nota sobre os trabalhos do liv. 4 das Ords. do encarregado do tit. dos contratos, Duarte Alexandre d'Holbeche), BNL cod 6973; "Trabalhos da Junta do Codigo", ANTT, Min. Just., mçs. 85-89; Holbeche, Duarte Alexandre, "Discurso sobre a necessidade de reformar o Codigo Luzitano com o Plano da Reforma, especificamente para as materias compreendidas no Livro 4., ate o titulo 79 inclusive, 1778"; Idem, "Discurso sobre a jurisprudencia em geral, tratando em particular da parte que lhe foi distribuida, que comprehende 79 fls do L.. IV, 1778".; "Memorias tendentes a desempenhar o titulo da obra Introdução ao Novo Codigo", Bib. Nac. Rio de Janeiro, I-13, 2, 24 (fl. 9-81); "Plano de uma suma das leis actuais", por Alexandre António das Neves, lido na Academia das Ciencias a 14.7.1790, 6 pp. Bib. Nac. Rio de Janeiro I-48, 23, 7; Ricardo Raimundo Nogueira, Censura ao tit. III dos juizos, e das penas do Codigo de Direito Publica, BNL cod 1716; António Ribeiro dos Santos, "Notas ao Titulo II das Leys e do Costume do Novo Codigo de Direito Publico de Portugal, escritas e apresentadas na Junta de Revisão parte IIII". Há um ms. De Duarte Alexandre de Holbeche na BGUC ms. 1113 (Livro III [esboço que não é de Holbeche], IV [convenções e contratos]. V. também a nota 45 (sobre os manuscritos de António Ribeiro dos Santos). Também há planos para outros códigos: v.g., José da Silva Lisboa, *Plano do codigo de comercio*, 1809, Arq. Hist. Nac. do Rio de Janeiro, cod 664, 9 fls..

[29] António Ribeiro dos Santos, "Apontamentos sobre penas militares para a Junta do Cod. pen. mil.", BNL cod 4628, fl.; Tomas A. V. Portugal, "Codigo penal militar. Original, 7.8.1820", Bib. Nac. Rio de Janeiro, 5,4,4 (288 pp.). Sobre o modelo de organização e disciplina do Conde de Lippe, v. os textos de Fernando Dores Costa, em António Manuel Hespanha, *História militar de Portugal. II. Época moderna*, Lisboa, Círculo de Leitores, 2004; sobre o direito penal militar moderno, v. aí, o meu correspondente artigo.

Embora as *Ordenações* não tivessem muito que ver com o que hoje entendemos ser uma constituição[30], o facto é que, em certos aspectos, elas eram consideradas como uma "lei fundamental", na medida em que, por exemplo, não podiam ser revogadas ou dispensadas sem uma expressa menção[31]. Foi talvez por isto – e também porque a ideia andava no ar[32] – que a questão da definição, num acto legislativo escrito, das "Leis fundamentais do Reino" foi levantada pelos juristas que compunham a Junta do *Novo Código*.

Um deles era António Ribeiro dos Santos, que – no próprio ano em que em França rebentava a Revolução – despoletou em Portugal uma dura discussão sobre o conteúdo das leis fundamentais com o mais notório dos jurisconsultos portugueses de então, Pascoal José de Melo Freire, a quem

---

[30] O Livro I continha muitos regimentos de ofícios reais e municipais (mas nada, por exemplo, sobre Cortes); o Livro II (que era o livro verdadeiramente "constitucional" numa estrutura corporativa), o regime das relações entre os poderes real, eclesiástico, senhorial, além de normas de natureza estatutária; o Livro III, direito processual; o Livro IV, normas dispersas sobre contratos e direito da família; o livro V, direito penal.

[31] Hespanha, *As vésperas* [...], 137-144. Sobre o conceito de leis fundamentais na doutrina portuguesa do séc. XVII, Id., *História das instituições* [...], cit., 313; António Pedro Barbas Homem (1985), *Lei fundamental e lei constitucional, a formação do conceito de constituição contributos para uma história do direito público*, Lisboa, 1985, 83 fl.. Relatório de mestrado de direito constitucional, na FD-UL. A expressão apareceu pela primeira vez nas discussões sobre a legitimidade dos reis portugueses da Casa Austria (cf. Luís Marinho de Azevedo, *Exclamaciones juridicas, politicas y morales al Summo Pontifice [...]*, Lisboa, 1645, excl. II, 32: "[...] se debe suponer por cosa certisima, que todos los Imperios, y Reinos del Mundo tienen por sus *leyes fundamentales*, en cuya virtud están coligados los fundamentos de la Republica, y Compañía civil, con que el Principe, como su cabeza, está unidos a los estados del Reino como miembros suyos permedio del gobierno, y administración publica; y habiendo el Príncipe prometido de guardarlos antes de ser confirmado en la corona del Reino con interposición de juramento, haciendo mutual convención con los dichos estados, no queda libre de las dichas leyes por estar ligado, y atado a ellas como si fuera con fortísima cadena, y desobligarse el Príncipe de semejantes leyes fundamentales seria lo mismo que atropellar los derechos del Reino [...]").

[32] Como foi salientado por Zília Osório de Castro ("Constitucionalismo vintista [...]", cit., 605 ss.), a ideia de "leis fundamentais" decorria, sobretudo do ensino dos juristas alemães Samuel Pufendorf (1632-1694) – em Portugal veiculado pela versão francesa feita por Jean Barbeyrac (Amsterdam, 1712) – e de Christian Wolff (1679-1754), que gozavam então de grande voga no âmbito da teoria política do iluminismo. Mais radical no realce das liberdades da Nação, eram os suíços Jean-Jacques Burlamaqui (1694-1748) e Emmerich de Vattel (1714-1767).

tinha sido entregue a redacção do projecto do Livro I – sobre o "direito público" – do *Novo Código*[33].

O projecto de Melo Freire referia-se às leis fundamentais logo na secção inicial "Das leis e os costumes" (Livro II, tit. II):

"Sob o nome leis em Portugal se entendem em primeiro lugar as fundamentais do Estado, entre todas as mais sagradas, que regulam a sucessão do reino, e confirmam o nosso poder absoluto e independente" (§ 1)[34]. Seguia, no parágrafo seguinte, a definição do conceito de "lei", tomado agora numa acepção inferior: "Vêm também debaixo deste nome todas as constituições e ordenações, que os Senhores Reis destes reinos, fizeram desde o princípio da monarquia, ou em cortes, ouvidos os povos antes de erigidos os tribunais e relações, ou com o seu [destes tribunais] parecer e dos ministros do seu conselho, e de outras pessoas, que os mesmos costumam sempre ouvir sem prejuízo da sua suprema autoridade e soberania" (§ 2)[35].

Para Melo Freire havia, portanto, uma distinção clara entre as leis fundamentais, relativas à sucessão do reino, e a legislação ordinária. Esta sua doutrina – que havia de ser desenvolvida, poucos anos depois, nos seus manuais de direito pátrio (*Historia iuris civilis lusitani*, 1778; *Institutiones iuris civilis [criminalis] lusitani*, 1780-1793)[36] – baseava-se, não no organicismo da cultura jurídica tradicional[37], mas num pensamento voluntarista. Assim, para Melo Freire, o poder dos reis de Portugal, não derivava de qualquer eleição de D. Afonso Henriques, nem nas Cortes de Lamego, nem no campo de batalha, em Ourique; também não decorria de graça papal; mas, antes, do dote e doação feita pelo imperador Afonso VI de Leão a sua filha D. Teresa e seus sucessores (*Historia*, § 38, nota). Quanto

---

[33] Publicado com os comentários de António Ribeiro dos Santos, *Notas ao plano do Novo Código de Direito Público do D.or Paschoal José de Mello, feitas e appresentadas na Junta da Censura e Revisão pelo D.or......*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1844. Há versões manuscritas, uma delas com correcções aparentemente dos autores. Agora incluídos em António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva, *Fontes para a história [...]*, cit..

[34] *Ibid.*, ([III: "Notas ao titulo II, Das leis e do costume], 72.

[35] *Ibid.*, 80.

[36] *Historia iuris civilis Lusitani*, §§ 38-40; *Institutiones iuris civilis Lusitani*, I, I, 2; III, IX, 3.

[37] Cf. A. M. Hespanha, "Qu'est-ce que la constitution [...]", cit.; mais tarde, este organicismo constitucional é retomado por alguns dos legitimistas do séc. XIX, como, por exemplo, José Agostinho de Macedo.

às primeiras leis portuguesas (*primordiales leges*) feitas durante as *Cortes de Lamego* (que a historiografia oitocentista havia de provar apenas lendárias), a única *lei fundamental* (ou *Lex Status*, decidida pelo povo) regia a sucessão da coroa[38]. As restantes, relacionadas com outras matérias (nobreza, juízes ou crimes), teriam sido feitas pelo rei sem a participação do povo.

Foi este conceito limitado de lei fundamental – reduzida à regra de sucessão no trono – que se tornou comum na doutrina política do último absolutismo português[39]. E foi também contra ele que reagiu António Ribeiro dos Santos, em nome de um conceito mais compreensivo e mais limitativo para o absolutismo real.

Para ele, o "direito público nacional", que devia ser objecto de codificação, dividia-se em dois ramos. Um deles era o das "Leis fundamentais ou primordiais do Estado", produto de uma convenção tácita ou expressa ("leis do reino", "constituição fundamental"); o outro ramo era o das "leis públicas civis", emanadas do soberano ("leis do rei", "Estado público da Nação"). Por isso, o conteúdo deste livro II do *Novo Código* sobre as leis e o costume devia ser um de dois. Ou abrangia o direito público constitucional e, então, devia conter: (i) a forma suprema do governo (*summum imperium*); (ii) a ordem de sucessão da coroa; (iii) a forma de exercício dos direitos do soberano no direito particular português; (iv) o sistema da administração pública; (v) os direitos e deveres dos particulares relativamente ao príncipe; (vi) os privilégios das ordens que constituíam o Estado; (vii) o estatuto das cortes; (viii) o direito da fazenda pública; (ix) as matérias de interesse público, como a população, a religião, a educação, a polícia, etc.. (*ibid.*, "Exame do plano", 6). Ou, então, se no Código se decidisse não incluir este direito constitucional, não devia tão pouco haver qualquer referência às leis fundamentais (*ibid.*, "Notas ao título dos direitos reais" [e seguintes], p. 72).

Ribeiro dos Santos detalhava um pouco cada um dos pontos relativos ao direito fundamental.

[38] Sobre as suas alegadas disposições, cf. José Joaquim Lopes Praça, *Collecção de leis e subsídios*, I.

[39] Cf. *Dedução chronological e analytica*, a *suma* do absolutismo Josefino: a *Lei do Estado* ou *Lei fundamental* era definida como a que "constitui e determina a forma de governo, regulando o chamamento ao trono do Monarca, ou por eleição, ou por sucessão, a forma de governo do reino ou da república; tal era, em Roma, a *lex de império*; e, em Portugal, as leis das cortes de Lamego" (*Deducção chron.*, Parte I, div. XII, n.º 600).

O primeiro tópico, relativo às leis fundamentais, obrigaria a referir, não apenas as leis das Cortes de Lamego, no início do Reino, sobre a forma monárquica do governo e a sucessão da coroa, mas também as leis subsequentes sobre a matéria (leis das *Cortes de Lisboa* de 1674, sobre tutelas, e leis das *Cortes de Lisboa* de 1698 [12.04], sobre a sucessão de colaterais). Estas leis deveriam ser cuidadosamente distinguidas das leis "meramente civis e dependentes da vontade do príncipe", pois estavam acima do poder, tanto do povo, como do rei, constituindo, por tanto, a base do direito público nacional contido no *Novo Código* (*ibid.*, n. I; cf. também XXI).

O segundo tópico dizia respeito à ordem de sucessão e qualidades dos sucessores, prerrogativas dos príncipes consortes, tutelas régias e regências, testamentos e juramentos régios (*ibid.*, ns. II/X).

O terceiro tópico era o relativo aos direitos e liberdades dos povos, como "corpo da nação", e não apenas como particulares (*ibid.*, p. 21/22), uns e outras jurados pelo rei quando acedia ao trono; bem como aos meios de exercer estes direitos e de reagir contra a sua violação. O autor estava consciente da delicadeza do tema, não apenas em face do contexto político europeu, mas ainda porque ele não deixava de reconhecer expressamente a natureza "absoluta e pura" do poder dos monarcas portugueses, em que "todo os poderes da soberania residem na única pessoa de nossos príncipes" (*ibid*, p. 22). Não fica muito claro como é que o autor acomoda uma monarquia pura e absoluta com estes direitos e privilégios dos povos. Como se nota toda a dificuldade de conceptualizar o acto de outorga de um Código que garanta estes direitos; a solução que encontra parece ser a de que se tratava de um misto de reconhecimento da natureza da sociedade e de acto gracioso do monarca[40]. Fosse qual fosse o conceito, o conteúdo normativo era claro: direitos da nação, como corpo politico, definidos por uma lei fundamental reduzida a escrito, e dotados de meios de garantia.

O quarto ponto respeitava às ordens do reino, sua constituição, deveres especiais e privilégios (n. XII), tudo complementado por um ulte-

---

[40] "Em um século de razão e de humanidade, em que os monarcas da Europa reconhecem, que foram criados para os seus povos, e que os interesses de seus vassalos são os únicos objectos de seu governo, não pode esperar-se, que a nossa Augusta Soberana, que nestas virtudes sobreexcede a todos, deixe de aprovar estes desígnios, e de firmar pela sabedoria e providência de suas leis os antigos direitos e regalias de seus povos" (*ibid.*, 23).

rior ponto (n. XIX), em que se tratava a enumeração e estatuto das ordens de forma que se afastava bastante da tradição[41].

O quinto ponto compreendia o tema das cortes: natureza, constituição, atribuições, formalidades, processos de decisão, autoridade das suas deliberações (*ibid*, n. XIII).

O sexto ponto abrangia os regimentos e estatutos dos magistrados, oficiais da casa real e dos conselhos palatinos: suas diferentes categorias, sua hierarquia e sua jurisdição. O que preocupava Ribeiro dos Santos não era tanto uma descrição atomística de regulamentos e processos, mas a arquitectura do sistema das magistraturas públicas, do governo e da administração do reino (*ibid.*, ns. XV-XVI, XX).

O sétimo ponto respeitava ao governo municipal (n. XVII), bem como ao das colónias, enquanto territórios particulares "segundo as circunstâncias do país, e de seus estabelecimentos próprios" (n. XVIII).

Os crimes públicos eram matéria de outro ponto (*ibid.*, n. XXII), justamente o ultimo antes de entrar numa secção bastante detalhada sobre o novo "direito de polícia" (economia, população, indústria e artes, comércio, navegação, educação e ciência) (*ibid*, ns. XXIII-XXIX).

Finalmente, os direitos respectivos da Igreja e do Estado (*ibid.*, n. XXX), tema sobre que o autor tinha muita reflexão[42], e em que se promove um controle mais apertado do Estado sobre a disciplina interna da Igreja, que evitasse escândalos e abusos.

O projecto constitucional de António Ribeiro dos Santos era muito semelhante a outros programas europeus (nomeadamente alemães e italianos) de reforma constitucional não revolucionária. O poder do rei era tido como limitado, ou porque estava circunscrito por pactos tradicionais entre os reis e os súbditos, ou porque devia ser exercido de acordo com normas estabelecidas pelo rei, pelas quais ele mesmo limitara o seu poder absoluto, embora não, porventura, a sua soberania, como única expressão da vontade do Estado[43]. A estrutura da sociedade de ordens – concebida

---

[41] A divisão em ordens proposta era a seguinte: classe inferior, classe média, classe superior, em que se incluem os grupos e sub-grupos estatutários do Antigo Regime.

[42] Pois era autor da obra *De sacerdotio, et imperio selectae dissertationes*... (Olisipone, Typographia Regia, 1770).

[43] Sobre esta distinção entre "poder absoluto" e "soberania" no influente pensamento político de Samuel Pufendorf, v. Zília Osório de Castro, "Constitucionalismo vintista [...]", cit., 605 ss.. Mais longe, quer na limitação do poder real, quer na concessão à nação de prerrogativas de controlo, por meio da instituição de assembleias representativas, ia o também muito influente politólogo suíço Jean Jacques Burlamaqui (1694–1748),

como um agregado harmónico de ordens hierarquizadas – era basicamente mantida. Os conselhos, magistrados e corpos municipais viam mantida muita da sua anterior autonomia, embora enquadrados numa estrutura política que tendia globalmente para um modelo centralizado e hierárquico. As "assembleias de estados" (parlamentos, cortes, dietas) mantinham a sua estrutura por corpos (normalmente, clero, nobreza e povo). Ao passo que o direito, para além de continuar muito longe de se tornar igual para todos, oscilava entre um modelo decisionista (*i.e.*, como vontade do monarca) e um modelo racionalista (*i.e.*, como expressão da razão natural), que só se podiam combinar na base da presunção de que o "déspota" era também "iluminado".

No fim de contas, o que existia de verdadeiramente novo era, por um lado, esta ideia de um código constitucional escrito; por outro lado, a ideia de que este código devia tornar claros os respectivos direitos e deveres dos monarcas e dos cidadãos. Estas duas novidades combinam-se num novo *pathos* quanto à promoção pública da consciência do direito (e, também, do direito político). O grande objectivo era, de facto, a clarificação dos contornos do pacto político em que cada cidadão participava, a garantia do seu conteúdo normativo e a promoção da sua pronta execução. Para isso, o *Novo Código* (i) deveria ter uma ordem sistemática que permitisse a economia da exposição e a sua fácil memorização e (ii) deveria ser curto, livre de excessivos detalhes e prolixidade (*ibid*, p. 56).

Em contrapartida, a réplica de Melo Freire[44] representa a linha dura do despotismo iluminista. Daí que a polémica entre ambos resuma bem o fundamental das posições constitucionalistas portuguesas no próprio ano em que se dava a Revolução em França; ou seja, numa época em que, tanto o corporativismo tradicional, como o providencialismo puro (ou jus-divinismo), já ofereciam poucos atractivos intelectuais a uma geração cultural racionalista e bastante laicizada.

Em virtude da sua heterodoxia – ainda mais crítica com o despoletar dos acontecimentos em França – a posição de Ribeiro dos Santos permaneceu subalterna. As suas *Notas* não foram publicadas senão nos meados

sobre o qual Zília Osório de Castro, "Constitucionalismo [...]", vit., 607. António Ribeiro dos Santos está mais próximo do segundo do que do primeiro, pelo menos no texto a que nos referimos (sobre as suas posições em *De sacerdotio et imperio*, Lisboa, 1770, v. Zília Osório de Castro, "Constitucionalismo [...]", cit., 621 s..

44 Cf. Santos, 1843, "Resposta que deu o Desembargador Paschoal José de Mello Freire dos Reis [à primeira censura], 63-100; [à segunda censura], 101-112; tréplica de António Ribeiro dos Santos: ["Notas à resposta à primeira censura"], 115-144.

do séc. XIX[45]. Contudo, a ala reformista do regime foi-se tornando cada vez mais influente nos círculos académicos e, mesmo, governamentais, sendo responsável por vários projectos de reformas políticas, abortados ou não[46].

Em contrapartida, as opiniões de Melo Freire continuaram a ser as oficiais, moldando a cultura universitária de várias gerações de estudantes de direito. No entanto, também Melo Freire abria, num plano fundamentalmente teórico, para outros horizontes, dominados pelo contratualismo e pelo racionalismo, típicos da teoria constitucional do *Polizeistaat*[47]: recepção dos princípios do direito público universal, subordinação da Igreja ao Estado, anti-feudalismo, anti-corporativismo, etc.. Por isso é que, como se dirá, a sua influência vai ser, paradoxalmente, fundadora da cultura jurídica liberal.

Na verdade, para ele, o alcance dos direitos que os súbditos tinham reservado para si era mínimo: não ver alteradas as leis fundamentais (com o estreito âmbito que ele lhes dava), dispor do direito de súplica, pretender os ofícios do Reino e, como era óbvio e nem precisava de ser expressamente dito, ver respeitada a sua propriedade, embora comprimida por um domínio eminente do rei, com o qual Melo Freire e outros reformistas contavam para poder levar a cabo as reformas políticas e sociais indispensáveis[48]. E, de qualquer modo, como o pacto tinha sido "puro" – ou

---

[45] Há muitos manuscritos de António Ribeiro dos Santos, em vários arquivos; alguns são versões dos seus contributos para esta polémica; outros cobrem um vasto conjunto de temas de relevância constitucional. Exemplos: António Ribeiro dos Santos, *Sobre a multiplicidade das leis*, BNL cod. 4677, fl. 23; *Sobre a redução dos costumes a codigos*, BNL 4677, fl. 235; *Do principe como soberano e como senhor feudal*, BNL cod 4677, fl. 70; *Sobre os direitos reais*, BNL cod 4668, fl.251, cod 4677, 144, 155, 105; *Comentario a lei Julia de magestatis*, 4669, fl. 135; *Dissertação sobre o dominio eminente e como não convem usar esta expressão*, BNL cod 4677, fl. u9; *Fragmentos de um livro sobre as leis e usos de Portugal*, BNL cod 4671, fl. 270; *Dos ministros publicos da religião e do Estado que devem entrar no codigo*, BNL cod 4676, fl.130-136; *Annotationes ad leges quoddam lusitanae*, BNL cod. 4671, fl. 155; *Notas cursivas ao codigo*, BNL cod 4676, fl. 1 {tit. 7 ss.); *Notas ao Titulo II das Leys e do Costume do Novo Codigo de Direito Publico de Portugal, escritas e apresentadas na Junta de Revisão parte IIII*.

[46] Para uma avaliação, cf. António Manuel, "O projecto institucional do tradicionalismo reformista", cit..

[47] Cf. Michael Stolleis, *Geschichte des offentlichen Rechts in Deutschland*, Bd.1: 1600-1800, München, C.H. Beck, 1988 (ed. franc., Paris 1998); Manfred Friedrich, *Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Berlin: Duncker and Humblot, 1997; para Portugal, Airton L. Cerqueira-Leite Seelânder, *Polizei, Okonomie* ..., cit..

[48] Nomeadamente, a reforma dos forais e da constituição agrária.

seja, tinha sido ilimitada a transferência de poderes dos súbditos para ao príncipe (salvaguardados, claro, o direito natural destes a ser governados[49]), todos os direitos que os súbditos pudessem demonstrar estarem em uso eram derivados de concessão gratuita do rei e, por isso, podiam ser revogados por este. Este carácter fundador, na ordem constitucional, da vontade do rei consubstancia-se na ideia de que a sociedade política é dominada pelo "princípio monárquico" – por outros denominado de "prerrogativa régia"; ou seja, pela ideia de que é o rei que, com base nos poderes que lhe foram conferidos pelo pacto social, tem o poder de explicitar a constituição[50].

Paradoxalmente, a concepção constitucional de Melo Freire podia estar mais perto da via reformista do que o garantismo histórico-jurídico de Ribeiro dos Santos, pois dava uma mais ampla margem de manobra ao rei para levar a cabo reformas da constituição social. As quais ficariam, pelo contrário, paralisadas se os equilíbrios sociais existentes fossem considerados como garantidos por um direito que se impunha ao próprio rei. Isto fica bem patente na polémica entre Manuel Fernandes Tomás e Manuel de Almeida e Sousa sobre a questão dos forais, onde – para além de questões ligadas à prova dos títulos – o ponto central de discussão é a natureza pública (logo, revogável pelo rei) dos direitos de foral ou a sua natureza privada, originária, natural (ou pré-política) e, por isso, inatacável por acto do poder político. Mas a questão da inviolabilidade dos direitos adquiridos punha-se também em relação a outros pontos centrais de uma política de reformas, como as reformas jurisdicionais, que podiam ser dificultadas por uma concepção patrimonialista das jurisdições; ou, ainda, a reforma da burocracia, que exigia que não reconhecesse aos funcionários o direito aos seus cargos, com a inerente possibilidade de os manter, de os vendar ou arrendar ou de os deixar em herança. É de salientar como a ideia de limitação dos direitos (neste caso, dos direitos de propriedade), era, portanto, fundamentalpara levar a cabo um projecto de reformas económicas, sociais e políticas.

[49] O que – mesmo assim – podia ter consequências concretas Por exemplo, denunciar o pacto por desgoverno, falta de governo, governo irracional ou arbitrário, governo despótico e sem regra, como "o do Turco".

[50] Sobre a "prerrogativa régia", muito discutida por juristas e políticos ingleses no decurso do séc. XVII, v., adiante, p. 130.

5. A CULTURA POLÍTICA DO PERÍODO DE TRANSIÇÃO

Na verdade, é muito claro que, a partir da década de oitenta do séc. XVIII, o reformismo jus-racionalista se afirma como cultura política dominante nos círculos que pensam, e que ocupam o novo espaço público da literatura académica, dos jornais, das academias, das repartições da nova "administração activa" reformista. Já não se trata de estrangeirados solitários e no exílio (exterior ou interior), mas de gerações inteiras que se formam nas novas instituições de ensino surgidas com o pombalismo. Ou a Universidade de Coimbra, reformada no sentido de um racionalismo e experimentalismo voltado para a acção prática, ou o Colégio dos Nobres e outras escolas militares, onde domina o mesmo espírito reformista de base cientista. A acção formativa destas escolas era continuada na Academia Real das Ciências; era divulgada e discutida nas próprias publicações académicas ou numa imprensa de alta divulgação – de que são exemplo periódicos como o *Investigador português em Inglaterra* (1811-1819) ou o *Jornal de* Coimbra (1812-1820); era ensaiada nas consultas das repartições ou no exercício dos cargos públicos entregues a esta elite.

Esta cultura continha já, desde Pombal, todos os ingredientes que permitiam o desenvolvimento do constitucionalismo moderno.

O jusracionalismo desenvolvera, desde o séc. XVII, uma teoria contratualista do poder, nos termos da qual na origem deste estava um contrato pelo qual os súbditos – condicionados pela natureza carente de auxílio alheio, associável, sociável com a Natureza ou a Providência os dotara[51] – trespassavam para o rei a faculdade de os governar. Se este contrato era revogável (como entendiam tanto os antigos monarcómacos ou todos os modernos adeptos da deposição de governantes tirânicos) ou não, isso constituía já, do ponto de vista teórico, uma questão de detalhe; embora por aí passassem importantíssimas consequências no desenho institucional da constituição e dos poderes respectivos do rei e dos parlamentos. Quais

[51] Aponto aqui para as diversas versões – utilitaristas, pessimistas, solidaristas, naturalistas ou providencialistas – da teoria do pacto social.

os poderes conferidos ao soberano pelo pacto também era uma questão secundária, sendo possível escolher entre a ideia de que todos os poderes tinham passado para o príncipe – que, assim, gozaria de um poder "puro" ou ilimitado – ou, pelo contrário, apenas tinham sido transferidos alguns poderes, carecendo ele de título (ou legitimidade) quando a outros. Porém, comum a todos era, por exemplo, a ideia de que, mesmo numa monarquia "pura", certas leis fundamentais – que pertenciam à própria natureza da sociedade política – não podiam ser violadas pelo rei, como o não podiam ser as leis divinas ou naturais ou os direitos (nomeadamente, de propriedade) dos súbditos que decorriam destas últimas [52].

Na Universidade, era isto que se aprendia nos principais compêndios das Faculdades jurídicas, onde se formava o pessoal civil dirigente. Tanto nas disciplinas de Direito Natural, como na disciplina de Direito Pátrio.

Na primeira, quer o compêndio de J. G. von Heinecke (Heineccius) (*Elementa iuris naturae et gentium*, Hale, 1738), quer o de Carolo Antonio von Martini (*Positiones iuris naturalis*, 1764) adoptavam posições contratualistas quanto à origem da sociedade política.

Na cadeira de Direito Pátrio, Pascoal de Melo[53] seguia, como se viu, as mesmas pisadas. No plano da doutrina sobre a origem do poder, adoptava as posições contratualistas, embora numa versão muito restritiva dos direitos dos súbditos. No plano da organização institucional do reino, tinha pontos de vista claramente reformistas, atacando com bastante desenvoltura as instituições senhoriais (nomeadamente, quanto à legitimidade da tributação senhorial), o corporativismo dos oficiais públicos (nomeadamente, quanto à concepção patrimonialista dos seus cargos), a usurpação pela Igreja dos poderes temporais ou a confusão entre crime e pecado.

O partido mais tradicionalista tinha que se refugiar na ideia de uma monarquia puramente de origem divina, amparando-se nas concepções políticas providencialistas e ao cesaro-papistas, correntes que nem sequer podiam traduzir bem a teoria política da escolástica ou da neo-escolática pós-tridentina, que tinham raízes muito fundas na tradição política portuguesa. Ou, então, adoptar uma concepção puramente patrimonial do reino ("conquistado e herdado"), que também carecia de qualquer apoio histórico-jurídico, pois já desde o Código Visigótico (de Recesvindo, ou *Liber*

---

[52] Sobre este contexto ideológico e as suas cambiantes, v. Zília Osório de Castro, "Constitucionalismo vintista [...]", cit..

[53] O mesmo se diga de Francisco de Sousa São Paio, *Prelecções de direito pátrio publico, e particular*, Coimbra, 1793.

judicum), vigente na Idade Média portuguesa, que a distinção entre o património do rei e o património da coroa do reino estava bem estabelecida[54].

São os letrados destas gerações tardo-iluminista – alguns deles, além disso, juristas muito respeitados (como Manuel Fernandes Tomás, José Ferreira Borges, Manuel Borges Carneiro, Ricardo Raimundo Nogueira, Francisco Trigoso de Aragão Morato) – que, juntamente com académicos de formação literária ou científica e com militares da era post-Lippe, formarão a elite política do primeiro liberalismo[55]. À sua morte corresponde cronologicamente o ocaso do jusracionalismo como ideologia fundadora do pensamento político; facto que, em Portugal, como na França ou na Alemanha, se dá nos finais da década de '30, com o advento do romantismo e do doutrinarismo (v. *infra*, 11.2).

É esta identidade individualista-contratualista que facilita a transição doutrinal entre o reformismo da fase final do Antigo Regime e o período pós-revolucionário. Que permite que Revolução se chame Regeneração, que o parlamento tome o nome tradicional de Cortes, que o argumento histórico ganhe o peso que teve na fundamentação das soluções políticas. Apesar disso, há importantíssimas distinções a fazer. Nomeadamente, entre (i) um constitucionalismo fundado exclusivamente na soberania, essencial e indivisa, da Nação, (ii) um constitucionalismo como produto de um pacto histórico entre o rei e o reino e (iii) um constitucionalismo outorgado por um soberano que, sendo titular exclusivo e livre do poder político, resolve (é obrigado a ...)[56] acomodar-se à novidade dos tempos, concedendo aos súbditos alguma participação no poder[57]. No primeiro tipo cabem, essencialmente, as Constituições de 1822 e de 1838; no segundo

---

[54] Para além de que neste sentido ia a respeitável tradição romanista de distinção entre *aerarium* e *fiscum*, bem como todos precedentes de juramento real de salvaguarda dos foros e costumes do reino ou audição do reino, em cortes, nos assuntos sérios da governação. Sobre as correntes absolutistas da época, Zília Osório de Castro, "O Regalismo em Portugal [...]", cit..

[55] Para um retrato intelectual desta geração de juristas e publicistas, bem como para o ensino jurídico da época, cf. Mário Reis Marques, *Codificação [...]*, cit., 2003, 467 ss. (ensino jurídico em Coimbra nos finais do séc. XVIII), 498 ss. (juristas jus-racionalistas do primeiro liberalismo).

[56] Como refere M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts [...]*, II, 103 (versão inglesa, 62), esta ideia da "força dos tempos", esta distinção entre os antigos e os modernos, sugere um "determinismo cronológico" que limitaria o arbítrio régio e que apontaria para uma inelutável superação do princípio monárquico pela democracia.

[57] Tipologia semelhante, para a Alemanha, em Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts ... [...]*, II, 102 [vers. ingl., 60/61].

tipo, alguns da série de projectos constitucionais "tradicionalistas" de 1823, desde o de António Ribeiro dos Santos ao de Francisco Trigoso de Aragão Morato[58]; no terceiro tipo, a *Carta constitucional* de 1826.

É evidente que o imaginário contratualista se adequa menos bem a soluções constitucionais dominadas pela ideia de poder real absoluto e de origem divina. Desde logo, porque, residindo a legitimidade política apenas no monarca, não se percebe bem porque é que – e com que legitimidade – este aliena parte das suas atribuições políticas nos súbditos. A justificação – então avançada, por exemplo, no preâmbulo da *Carta* constitucional francesa de 1814 – de que isso decorria da "différence des temps [...] en réunissant les temps anciens et les temps modernes"[59] enfraquecia demasiado o princípio, que assim aparecia como algo em processo de envelhecimento; ou como um princípio em que as razões de legitimidade estavam subordinadas a razões de oportunidade, uma rampa escorregadia em que muitos legitimistas não ousariam sensatamente meter-se. Depois, também não se percebe bem como é que, uma vez pactada a atribuição do poder a uma dinastia, aquele corpo mesmo que pactou não pode dissolver o pacto; ou seja, não se entende que o poder constituinte se possa alienar definitivamente, nada mais restando aos constituintes originários do que o poder de rescindir o pacto celebrado no caso de ele não ser cumprido.

Todas estas dificuldades se resolverão com a renovação, a partir da segunda década do séc. XIX, de um imaginário organicista, em que a Nação já não aparecia como a entidade que, contratualmente, entregara o poder político aos monarcas, mas como uma ordem política objectiva, contendo em si mesma a distinção entre governante e governados, além de várias distinções e várias hierarquias entre os seus membros. Aqui, tanto a legitimidade de quem governa (o reino, a família), como o estatuto discri-

---

58 Cf., adiante, cap. 9.

59 CC francesa de 1814.6.4, "conserver ... les droits et prérogatives de notre couronne" ... "en modifier l'exercice, suivant la différence des temps", 61 ("en réunissant les temps anciens et les temps modernes"); também o *Wiener Schlussackte*, de 1820 – que constitucionaliza a Confederação Alemã ("Der deutsche Bund ist ein völkerrechtlicher Verein der deutschen souverainen Fürsten und freien Stadte, zur Bewahrung der Unabhängigkeit und Unverletztlichkeit ihrer im Bunde begriffenen Staaten und zur Erhaltung der innern und außern Sicherheit Deutschlands", art. 2) – remetia para a mesma ideia de que as circunstâncias podiam levar a atenuar a liberdade de exercício do poder do monarca: art. 57: "O poder global do Estado permanece individido nas mãos do chefe de Estado, podendo o soberano, por meios de constituições pactadas com os estados territoriais, ser levado a incluir a participação destes Estados no *exercício* de certos dos seus direitos" (cf. Stolleis, 103 [ingl., 61]; texto completo em http://www.uni-wuerzburg.de/rechtsphilosophie/hdoc/wienerkonferenz1820.html).

minatório de quem é governado – em maior ou menor grau – por outrem, apareciam com uma explicação consequente. A comunidade (a Nação) não era constituinte, mas constituída (pela natureza); e constituída segundo uma geometria não universal nem igualitária. Ou seja, nem todos os súbditos tinham que pertencer à mesma Nação, como nem todos os nacionais tinham que ter capacidade política; como nem todos têm necessariamente capcidade civil.

O imaginário corporativo – que corresponderá ao romantismo, mas também a algum liberalismo elitista – terá grandes virtualidades constitucionais.

Partindo da constatação de uma Nação hierarquizada, constituída por pessoas desiguais, permitirá legitimar a desigualdade civil e política, negando direitos àqueles que, naturalmente, constituíssem a parte "passiva" da Nação (os "cidadãos passivos"), atribuindo-os apenas aos naturalmente capazes de agir politicamente (os "cidadãos activos"). Para além disso, como copiava a política da natureza, podia introduzir na vida política – nomeadamente no plano do sufrágio e da representação – todos os cambiantes da sociedade (desigualmente) unida sob um mesmo governo. Podia discriminar territórios, desqualificar pessoas, majorar o peso político da riqueza, da educação, do mérito ou mesmo do nascimento, punir politicamente a etnia, a rusticidade, a profissão, o sexo.

A esta plasticidade – que garantia o realismo das soluções políticas contra o carácter metafísico e teórico das utopias contratualistas – o organicismo juntava a virtude de providenciar uma legitimidade autónoma para o poder real, tornando-o independente de qualquer acto contratual fundador, mesmo que perdido no tempo e no lugar. O rei governava porque a constituição social estabelecida o designava para tal. Devia manter, no seu governo, as hierarquias existentes para não substituir à ordem o caos, à natural liberdade a libertinagem.

Também o sufrágio e a opinião pública mudam de natureza. Um e outra convertem-se em expedientes técnicos de provocar a decantação da sociedade, deixando emergir a qualidade, ou pelo reconhecimento expresso no voto dos concidadãos ou pelo êxito na pugna pública das ideias. Nem admira que tais propósitos elitistas convivam bem com propostas de alargamento do sufrágio ou com um especial cuidado com a liberdade de imprensa. É que, alargando o número dos votantes ou estimulando o prélio das ideias, multiplicam-se os pontos de vista e, com isso, intensificam-se os processos de selecção.

Mas não é apenas por ter fornecido uma teoria polivalente para a revolução constitucional que jusracionalismo tardio é uma condição essen-

cial para o que acontecerá mais tarde. Também o é no plano menos elevado do desenho institucional do Estado.

Em primeiro lugar, é ele que estabelece a ideia-guia de um Estado legal, baseado num direito igual, geral e abstracto, e, por isso, numa cidadania geral (igualdade dos cidadãos perante a lei). Embora esta ideia nunca tenha podido triunfar sobre o princípio da diferenciação dos súbditos em ordens ou estados, levou, no entanto, em Portugal, à abolição de certas distinções políticas (como a de "cristãos novos" e "cristãos velhos"), bem como a certas medidas anti-esclavagistas. Assim, esta aplanação da sociedade preparada pelo despotismo iluminado (como um risco calculado, tendo em vista que a exaltação das ordens privilegiadas era essencial ao "decoro da monarquia") prenuncia e prepara a abolição dos privilégios e a instituição da igualdade civil e política abertamente formulada pelo liberalismo[60].

Em segundo lugar, é ele que tem a pretensão de fundar o direito, não na pura e arbitrária vontade do soberano, mas num cálculo científico, baseado na natureza da sociedade e do homem. Direito que, por isso, escapava, se não às contingências dos lugares (para as quais Montesquieu alertara), pelo menos às contingências do tempo, podendo ser formalizado em documentos legislativos tendencialmente duradouros – os Códigos, nos quais estivessem consagrados os princípios reguladores da sociedade civil, do mesmo modo que nas Constituições estavam prescritos os que ordenavam a sociedade política. Daí a equivalência constitucional entre Código e Constituição, então claramente percebida e ultimamente tão sublinhada[61].

Em terceiro lugar, o projecto de centralização do poder nas mãos dos monarcas absolutos, não apenas antecipou a centralização do poder nas assembleias absolutas do liberalismo – uns e outros *insusceptíveis de tirania* –, como preparou o reforço do Estado que iria ser necessário para impor a nova ordem aos estados e corporações privilegiados e constituir os

[60] Sobre as implicações políticas e sociais do princípio da igualdade, neste contexto histórico, v. Mário Reis Marques, *Codificação e paradigmas da modernidade*, Coimbra, ed. Autor, 2003, 448 ss.(que chama a atenção para o facto de esta equiparação/indiferenciação das pessoas conduzir a um direito que se ocupa, "não do homem, mas da sua actividade (actos de comércio, actos criminais)" (actos de comércio, actos criminais).

[61] Cf. Bartolomé Clavero, "Origen constitucional de la codificación civil en España (entre Francia y Norteamérica", em Petit, Carlos (org.), *Derecho privado y revolución* burguesa, Madrid, Marcial Pons, 53-86; Idem, "La Paix et la Loi": ¿absolutismo constitucional?, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 69(1999), pp. 603-645; Idem, *Manual de historia constitucional [...]*, cit., 21.

fundamentos da nova sociedade burguesa. Para além disso, a centralização do governo traduziu-se na construção de uma panóplia de aparelhos administrativos (desde o sistema de ensino público, instituições bancárias e de crédito, companhias de fomento, prisões e asilos, repartições administrativas, etc.) que o liberalismo iria, paradoxalmente, utilizar para construir a nova sociedade civil, em todos os seus vectores.

Finalmente, a centralização jusracionalista trouxe consigo uma nova ética de serviço público, um espírito de racionalização e um conceito de governo como ciência[62] sobre que se apoiará a função estadual na época contemporânea.

Mais longínqua da cultura política portuguesa desta época estava o liberalismo escocês, cujo principal representante é, sem dúvida, Adam Smith (1723-1790)[63]. Nele se combina a ideia de uma natural harmonia social, misteriosamente resultante, não tanto de um sentimento inato de sociabilidade, mas, pelo contrário, do livre curso da busca do interesse próprio, conatural a cada indivíduo: "Cada indivíduo esforça-se continuamente por encontrar o emprego mais vantajoso para todo o capital de que dispõe. Na verdade, aquilo que ele tem em vista é o seu próprio benefício e não o da sociedade; mas, os cuidados que toma em vista da sua própria vantagem levam-no, naturalmente, ou melhor, necessariamente, a preferir o emprego mais vantajoso para a sociedade [...] Na realidade, ele não pretende, normalmente, servir o Bem público, nem sabe até que ponto está a ser útil à sociedade. [...] Pensa apenas no seu próprio ganho; neste, como em muitos outros casos, está a ser conduzido por uma mão invisível para atingir um fim que de algum modo faz parte das suas intenções. Ao tentar satisfazer apenas o seu interesse pessoal, ele promove, frequentemente, o interesse da sociedade, com mais eficácia que se realmente o pretendesse fazer"[64]. Neste sistema, o papel do soberano podia ser mínimo: "No sistema da liberdade natural o soberano tem somente três deveres a desempenhar [...]: o primeiro é proteger a sociedade de qualquer violência ou invasão por parte das outras sociedades independentes. O segundo é proteger, tanto quanto possível, cada membro da sociedade contra a injustiça ou opressão de qualquer outro membro, ou seja, o dever de estabelecer

[62] Como aplicação dos princípios de uma ciência – a "science de police" ou "Policeiwissenschaft" (sobre as quais, v. por último, L. Mannori & B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit. 2001, 163 ss.).

[63] *Theory of Moral Sentiments*, 1759; *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776.

[64] Liv. IV, cap. 2. (em http://www.ecn.bris.ac.uk/het/smith/wealbk04 [13.07.2004]).

uma rigorosa administração da justiça. E o terceiro é criar e manter certas obras e instituições públicas que nunca atraiam o interesse privado de qualquer indivíduo ou pequeno grupo de indivíduos na sua criação e manutenção, na medida em que o lucro não compensa as despesas [...]"[65]. A última parte do texto deixou permanentemente algumas incertezas sobre o papel do Estado, já que acabaram por aparecer cada vez mais – sobretudo na fase do desenvolvimento do capitalismo industrial – destas tarefas socialmente necessárias, mas cujos custos excediam os benefícios que podiam aportar a um privado. Contudo, a mensagem acerca do papel apenas subsidiário do Estado era clara, voltando-se, desde logo, contra os projectos intervencionistas, promotores, tutelares, regulamentadores do Estado de Polícia. Mas não menos contra todas as tentativas de engenharia social dirigista, que substituísse a dinâmica natural e concreta das instituições por um ritmo organizador artificial e abstracto. Embora compartilhasse do espírito de reformas do partido *whig*, Smith encarava a mudança social como uma tarefa gradual, constantemente testada pela capacidade de ganhar a adesão do senso comum, de entrar nas práticas quotidianas e espontâneas. Por isso, à legiferação típica dos Estados continentais, preferia a paulatina e casuística inovação do *common law*[66]; a qual, no fundo, não diferia muito dos processos de construção da opinião comum em vigor na doutrina jurídica continental.

Do pensamento político alemão deste período muito haveria que dizer, se o nosso tema não fosse a história político-constitucional portuguesa. Da Alemanha, chegou-nos a influência eficaz da doutrina política iluminista, a que já nos referimos. Todavia, a Alemanha era também a pátria da "ciência da polícia", entendida como ciência do governo e, por isso, com reflexos na doutrina da constituição e do Estado. Só que os seus principais autores escrevem já em alemão, pelo que a sua leitura se torna difícil em Portugal[67]. Mas tarde, já depois do congresso de Viena (1815), a Alemanha do Sul desenvolve uma específica teoria constitucional, procurando uma via intermédia entre a constituição das monarquias tradicionais e absolutas (para que existia a designação tradicional de *Verfassung*)

---

[65] Liv IV, cap. IX, em http://www.ecn.bris.ac.uk/het/smith/wealbk04 13.07.2004].

[66] Cf., sobre este ponto, Fernando Araújo, Adam Smith. *O conceito mecanicista de liberdade [...]*, cit, *maxime*, 1068 ss.. Interessantes, sobre este assunto, as *Lectures on jurisprudence*, 1762, em http://oll.libertyfund.org/toc/0141-06.php; ou as *Lectures on rhetoric and belles lettres*,1762, http://oll.libertyfund.org/toc/0141-05.php.

[67] Cf., sobre o tema, Airton Seelânder, *Polizei, Ökonomie und Gesetzgebungslehre*, cit..

e as novas constituições feitas *ex novo* por assembleias constituintes (designadas pelo neologismo *Konstitution*). Esse termo médio era o do "Estado de Direito" (*Rechtsstaat*), ou seja, um Estado em que o poder se encontrava limitado pelo direito, embora este direito (a lei) fosse um artefacto desse mesmo poder; mas em que, por outro lado, se reconhecia o dever de respeito por certos direitos individuais, nomeadamente a propriedade e a liberdade de consciência, embora sempre nos termos prescritos na lei. Neste modelo – cuja Bíblia é o monumental *Staatslexikon oder Encyclopädie der Staatswissenschaften* (1835-1848), de Karl Rotteck e Karl Welcker –, podiam enquadrar-se os Estados alemães que, embora frequentemente sem constituição escrita ou instituições representativas, professavam o princípio da limitação do Estado pelo direito[68].

[68] Sobre os constitucionalismo alemão da "Restauração", v. a síntese Marco Meriggi, "*Verfassung/Constitution*: la "confusione babilonese dell Medio Ottocento", cit., 61-72.

6. A SÚPLICA DE 1808

As invasões francesas marcam o segundo momento em que, em Portugal, a ideia de uma reforma constitucional andou no ar.

Na alocução da Comissão enviada a cumprimentar Napoleão a Baiona (Abril de 1808) (*Gazeta de Lisboa*, 13.05.1808) alude-se ao pedido de um rei e de uma constituição para o reino, garantindo a sua independência em relação a Espanha[69].

A resposta de Napoleão é, aparentemente, favorável, à manutenção dos Bragança no trono, embora sob a condição de regresso da família real ao reino[70]. Entretanto, Junot manobrava para se fazer lembrar como possível alternativa para o trono. Assim, suscita a formação de uma "Junta" em que, em torno de um núcleo de três deputados da Junta dos Três Estados – uma instituição criada depois da Restauração para gerir as contribuições militares, mas a que agora, juntamente com a Câmara de Lisboa, se reconhece alguma legitimidade "representativa" –, se agrupa mais uma série de deputados nomeados pelo general para representar o clero, a nobreza, a magistratura, a câmara e povo de Lisboa. A Junta endereça uma mensagem a Napoleão (24.5.1808) tentando promover a figura de Junot.

Em oposição a este projecto, mas também ao do retorno dos Bragança, um outro grupo – de que fariam parte o desembargador Francisco Duarte Coelho, o lente de direito Simão de Cordes Brandão e o reitor do Colégio dos Nobres, Ricardo Raimundo Nogueira, jurista cuja influência se irá

---

[69] José Acúrsio das Neves, *História geral da invasão* ..., II, 15 ss.;.

[70] Segundo a carta que a Comissão manda para Lisboa, a 27.4, o Imperador salientava a inexistência de qualquer animosidade em relação aos Bragança, ponderando embora os "inconvenientes da delegação de uma grande autoridade em Países muito distantes", com isto sugerindo a vantagem do seu regresso a Portugal (B.A.C.L., *Legislação portugueza*, 32, n. 98; Carta da Deputação Portuguesa, Baiona, 14.5.1808, cit. por Joaquim Veríssimo Serrão, *História de Portugal*, Lisboa, Verbo, 1984, 7, 37 n. 71).

manter nas décadas seguintes[71] – induz o juiz do povo de Lisboa, José de Abreu Campos, a apresentar à Junta dos Três Estados uma "súplica" (redigida pelo doutor G. J. de Seixas) dirigida a Napoleão, contendo as principais reivindicações políticas do reino. Nela se pede "uma constituição e um rei constitucional". Quanto a este último, precisava-se "que seja príncipe de sangue da vossa real família"[72].

Quanto à constituição, a *súplica* de 1808 pedia "que fosse em tudo semelhante à que Vossa Majestade Imperial e Real houve por bem outorgar ao Grão-Ducado de Varsóvia, com a mínima diferença de que os representantes da nação sejam eleitos pelas câmaras municipais a fim de nos conformarmos com os nossos antigos usos".

Que constituição era esta, a de Varsóvia? Os peticionários salientavam alguns dos seus traços.

Do ponto de vista das relações entre o Estado e a Igreja, adoptar-se-ia uma religião de Estado – a católica apostólica –, com a adopção da concordata celebrada entre Napoleão e a Santa Sé que eliminava anteriores fontes de atrito entre os poderes espiritual e temporal; porém, era garantida a liberdade religiosa e de culto público[73], uma solução que teria sido mais avançada do que aquela que iria dominar todo o período monárquico-constitucional. A igualdade perante a lei seria instituída, pondo fim aos privilégios estamentais[74]; o que se efectivaria, nomeadamente, pela proposta de adopção do Código de Napoleão[75]. Instituir-se-ia a separação dos três poderes. O legislativo estaria a cargo de duas câmaras[76], cujos membros seriam eleitos, "de acordo com os nossos antigos usos e costumes", pelas câmaras municipais[77], e que exerceria as suas funções "com a con-

---

[71] Sobre ele, v., agora, Pedro Miguel Martins Gonçalves Caridade Freitas, *Um testemunho na transição para o século XIX: Ricardo Raimundo Nogueira*, 1999. Tese de mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. A sua participação nesta iniciativa é incerta: cf. Barbas Homem, "Código de Napoleão em Portugal", *Revista jurídica*, 2/3(1985) 103.

[72] Sobre esta "súplica", v. António Pedro Barbas Homem, "Algumas notas sobre a introdução do Código Civil [...]". Texto em A. M. Hespanha & Cristina Nogueira da Silva, *Fontes para a história constitucional [...]*.

[73] *Const. Vars.*, I, 1-3.

[74] *Const. Vars.* I, 4 (que, além disso, abolia a escravatura [!]).

[75] Cf. *Const. Vars.*, IX, 69.

[76] Na *Const. Vars.*, um Senado uma Câmara dos Deputados ("Chambre des Nonces").

[77] Na *Const. Vars.*, esta câmara era eleita pelas dietas distritais e pelas comunas (VI, 35).

corrência da autoridade legislativa"[78]. O executivo cabia, no topo, ao rei[79]. Que, porém, no seu desempenho, seria assistido por um Conselho de Estado[80], composto por "ministros responsáveis", avançando-se aqui um princípio – o da responsabilidade ministerial – que, embora sempre presente no constitucionalismo subsequente, demonstrará ser uma sua verdadeira cruz[81]. Na Constituição de Varsóvia, o Conselho de Estado (ministério) dirimiria os conflitos de competência entre jurisdição e administração, funcionando ainda como *Cour de Cassation*, como tribunal de contencioso administrativo e como foro especial dos agentes da administração.

Quanto aos níveis administrativos do executivo, enfatiza-se a necessidade de reforma da administração e do funcionalismo. A administração seria objecto de uma reforma de cunho racionalizador, segundo o modelo francês (nomeadamente, fazendo coincidir as divisões civis com as eclesiásticas)[82]. O número de funcionários devia diminuir[83], prevendo-se ainda a reafirmação do princípio do indigenato no provimento dos cargos públicos[84], combinado com a adopção do sistema do mérito ("que melhor os [empregos] merecerem"). Consagrava-se a independência do poder judicial[85], melhorando o seu funcionamento ("sentenças proferidas com justiça, publicidade e prontidão"), objectivo que aparece ligado à já referida adopção do *Código de Napoleão*[86]. Previa-se um especial cuidado com a

[78] Fórmula ambígua que podia significar várias coisas (iniciativa legislativa? atribuições legislativas autónomas?). Na *Const. Vars.* (II, 6; III, 15), o significado era o primeiro: de reservar ao rei a iniciativa da proposição das leis.

[79] *Const. Vars.*, II, 6.

[80] Na *Const. Vars.* (cf. III.13) institui-se um regime "de gabinete", em que o rei nomeia um "presidente do conselho" – que escolhe os ministros – e em que os ministros reúnem e deliberam entre si, e não isoladamente com o rei. Em Portugal, esta solução apenas se efectivará em pleno cartismo e pela prática constitucional

[81] Também nesta matéria da responsabilidade ministerial, há ambiguidades (responsabilidade política? perante quem? responsabilidade jurídica? efectivada porque órgão?).

[82] As colónias seriam transformadas em províncias ou distritos "fazendo parte integrante do reino" e dotadas de representação parlamentar ("para que seus representantes desde já designados, achem em a nossa organização social os lugares que lhes pertencem, logo que venham ou possam vir ocupá-los").

[83] Embora os excedentários "recebam sempre os ordenados, ou pelo menos uma proporcionada pensão, e que nas vacaturas tenham preferência a outros quaisquer".

[84] Fora estabelecido nas Cortes de Tomar, em 1579; agora, voltava a justificar-se, em face da ameaça de nomeação de franceses para cargos portugueses.

[85] Cf. *Const. Vars.*, IX, 74.

[86] *Const. Vars.*, IX, 69.

instrução pública, criando um ministério próprio para tal fim[87]; instituía-se a liberdade de imprensa; pediam-se medidas de desamortização, a proporcionalidade dos impostos e a consolidação e garantia da dívida pública[88].

O confronto entre estas linhas gerais da petição e o texto constitucional escolhido como modelo[89] suscita algumas reflexões.

Desde logo, a da escolha de um modelo tão inusitado como a de um país do outro extremo da Europa e com uma tradição completamente alheia ao cânone constitucional europeu ocidental. Na realidade, a Constituição do Grão-Ducado de Varsóvia[90] era, então, a mais recente das constituições dos Estados satélites da França napoleónica, todas elas inspiradas na Constituição francesa do Ano VIII (13.12.1799)[91]; sendo essa, porventura, a causa determinante da escolha.

No entanto, apesar da discrição e indefinição do pedido, afloram alguns elementos de especificidade. Embora o texto apenas refira uma modificação a introduzir no modelo ("com a única diferença"), relativa ao modo de eleição dos "representantes da Nação", a súplica refere questões especificamente portuguesas e não contempladas na constituição polaca. Uma delas é a integração das colónias no reino, compreensivelmente ausente da constituição de um Estado sem colónias. Outra, a reforma da administração e do funcionalismo, a apontar para uma sensibilidade quanto ao desgoverno administrativo que se manterá muito duradouramente e cuja efectividade e causas será oportuno investigar. Os outros pedidos específicos parece apontarem, ou para questões conjunturais muito sentidas

---

[87] Novidade em relação a *Const. Vars.* (cf. III, 11).

[88] Cf. Texto em Soriano, Simão José Luz, *Historia da guerra civil e do governo parlamentar, Segunda Época*, I, 212-214.

[89] Datado de 22.07.1807, em *Le Moniteur*, Paris, le 1er août, « Statut constitutionnel du Duché de Varsovie».

[90] Formado em 1807, depois da derrota da Prússia, com territórios situados em torno de Varsóvia e Poznan, e posto sob a hegemonia do rei do Saxe.

[91] 1801 (14.09), Constituição da República da Batávia, convertida no reino da Holanda em 1806; 1801 (07.10), Constituição da República Cisalpina; 1801 (26.12), Constituição da República de Lucca; 1802 (06.02), Constituição da República Italiana (convertida em Reino de Itália em 1805); 1802, Constituição da República Lígure; 1805 (24.06), Estatuto constitucional do Estado de Lucca. A Constituição de Baiona só surgirá em 6.7.1808, prevendo ainda uma aplicação gradual, que apenas culminava, com a reunião de cortes, em 1820. A Confederação Renana – constituída em 1806 e a que adere a quase totalidade dos estados do antigo Império Alemão – não tem uma constituição.

(como a da dívida pública, cuja consolidação[92] se pedia), ou para uma ideia reformista mais avançada em Portugal do que num país menos laicizado e mais senhorializado, como a Polónia: é o que se passa quanto à promoção da instrução pública, a exigir a criação de um ministério próprio, à liberdade de imprensa, à desamortização e à igualdade dos impostos.

O projecto de súplica não teve seguimento, por não se adequar à política pessoal de Junot, mas é revelador das ideias constitucionalistas no princípio do século XIX, até pela presença de Ricardo Raimundo Nogueira – um activíssimo propugnador de ideias constitucionais moderadas até aos finais dos anos '20 – no grupo que inspirou o documento.

---

[92] Ou seja, a sua conversão em títulos com um rendimento certo e periódico a favor dos credores.



7. A REVOLUÇÃO CONSTITUCIONALISTA DE 1820

O restabelecimento, em Espanha, da Constituição de 1812, em 1820[93] constituiu um incentivo para os constitucionalistas portugueses; que, logo passados poucos meses, fazem triunfar uma revolução (em 24.08 do mesmo ano)[94].

Em todo o caso, não parece prudente insistir demasiadamente nestes elementos conjunturais de coincidências de datas, que parecem, mais do que causas, consequências de movimentos estruturais mais profundos. Tais como o sentimento anti-inglês, a criação de um espaço público de discussão política e a difusão nele das ideias reformistas e constitucionalistas[95], a timidez (ou refluxo) do reformismo (indecisões quanto à prometida reforma dos forais, abandono de projecto de reforma "do Código"), etc.[96].

A 24 de Agosto de 1824, na sequência de um movimento militar, apoiado por um grupo de civis pertencentes à burguesia ilustrada portuense, é proclamada a Junta de Governo do Porto, encarregada de convocar Cortes para se fazer uma constituição que, mantendo a religião e a dinastia, remediasse os males do Reino.

---

[93] A 7 de Março, com reunião de Cortes 9 de Julho. Melhores e mais recentes estudos sobre a Constituição de Cadiz: José María Portillo Valdés, *Revolución e Nación. Origenes de la cultura constitucional en España*, 1780-1812, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000; v. também o recente número especial de *Anuario de História del Derecho Español*, 65(1995), dedicado a "Los orígenes del constitucionalismo español entre 1808 y 1812".

[94] De novo, em 1836, há uma notável coincidência entre a data de reposição em vigor da Constituição de Cadiz em Espanha (13.8.1836) e a da Constituição de 1822, em Portugal (10.9.1836).

[95] Sobre a influência da maçonaria neste contexto, cf. Graça da Silva Dias, *Os primórdios da maçonaria [...]*, vol. I, tom. II, 873 ss.. Destes círculos de sociabilidade política de obediência maçónica, um deles desencadeou mesmo a revolta de Gomes Freire, em 1817 (tratava-se do *Supremo Conselho Regenerador de Portugal, Brasil e dos Algarves*); outro foi o *Sinédrio*, que esteve na origem da revolução de 1820.

[96] Sobre a génese ideológica do vintismo, cf. Zília Osório de Castro, "Constitucionalismo vintista. Antecedentes e pressupostos", cit..

Entretanto, em Lisboa, os governadores tentam convocar as antigas Cortes do Reino (Proclamação de 1.9.1820). Junta do Porto e Governo de Lisboa acabam, sob a pressão das tropas revolucionárias que avançavam sobre a capital, por chegar a um acordo, no sentido de uma constituição feita por cortes constituintes eleitas. A 11.10.1820, os grandes e titulares do Reino juram obediência à Constituição que se viesse a fazer. A intervenção da Casa dos Vinte e Quatro e do Juiz do Povo de Lisboa (como representantes da parte mais democrática das antigas instituições representativas) reclamam eleições directas (25.10.1820), no que são apoiados pelas tropas da guarnição de Lisboa. O governo acede (Instruções de 31.10), estabelecendo um sistema de eleições indirectas, em que votavam os chefes de família, com exclusão dos clérigos regulares, dos incapazes naturais ou legítimos e dos "criados de servir" (que não fossem chefes de família). Os eleitores de segundo grau deviam ter conhecimentos científicos e meios de sustento, firmeza de carácter, respeitar a religião e amar a pátria. Porém, um pronunciamento militar ("Martinhada", de 11.11.1820), obriga à adopção de um sistema directo de sufrágio, como o da Constituição de Cadiz, que é, de facto, finalmente adoptado (arts. 27 a 103; *Instruções* de 22.11).

As eleições tiveram lugar em Dezembro de 1820 (no ultramar, prolongaram-se até inícios de 1822), efectuando-se a reunião preparatória das cortes a 14 de Janeiro de 1821.

No Brasil, entretanto, D. João VI é forçado a aceitar a constituição de Lisboa, "recebendo-a no [seu] reino do Brasil e nos mais domínios da [sua] coroa" (dec. de 24.1.821), enviando o seu filho D. Pedro para Portugal, para colaborar na consolidação da Constituição; entretanto, convoca ainda para a corte do Rio os representantes de todas as Câmaras com juízes letrados do Brasil, Ilhas e Cabo Verde, para tornar adaptável a Constituição a todos os domínios (dec. 18.2.1821). Contudo, perante as pressões populares, o rei promulga provisoriamente, no Brasil, a Constituição de Cadiz (21.4.1821)[97], do que se retrata logo no dia seguinte, arguindo ter sido mal-intencionadamente informado[98].

[97] "Havendo tornado em consideração o termo de juramento que os eleitores paroquiais desta comarca, a instancias e declaração unânime do povo dela, prestaram à constituição espanhola, e que fizeram subir a minha real presença [...] sou servido ordenar que de hoje em diante se fique estrita e liberalmente observando neste reino do Brasil a mencionada constituição espanhola ate o momento em que se ache inteira e definitivamente estabelecida a constituição deliberada e decidida pelas cortes de Lisboa".

[98] "[...] Esta representação era mandada fazer por homens mal intencionados e que queriam a anarquia, e vendo que o meu povo Se conserva, como eu lhe agradeço, fiel ao

O Projecto de *Bases da Constituição*[99] é promulgado por dec. de 9.3.1821. Pereira do Carmo, o seu primeiro signatário, apresenta-o como resultado, mais da reflexão sobre o antigo direito público português, do que sobre teorias políticas modernas. Embora chegue a citar os artigos com fontes directas no antigo direito, logo se vê que essa invocação constitui uma reinterpretação grosseira daquele, visando apenas legitimar soluções realmente inovadoras, embora propostas sob a etiqueta de continuidade, reformismo ou regeneração.

Regeneração era, na verdade, uma palavra chave, desde que o próprio rei de França a adoptara, em 1789, para justificar a sua adesão às exigências de reforma política[100]. Frequentemente, porém, o texto aprovado não consegue ocultar as novidades. Quanto à fonte do poder constituinte[101] e aos processos constituintes (quem podia fazer uma constituição e como se fazia [ou se revia] isso), quanto à natureza da constituição, quanto à relação entre direitos e constituição. Em todos estes pontos – e ainda noutros – o argumento da continuidade traduz uma releitura da tradição, induzida pela preocupação de legitimar a mudança, mas que mal oculta as novidades[102].

7.1. **Novidades**

Exploremos algumas destas novidades, desde logo no plano da nova linguagem político-constitucional, em que as palavras recebem, agora, uma nova carga semântica, por vezes distorcendo levemente o significado anterior; algumas vezes inovando completamente; frequentemente, trans-

---

juramento que eu com ele, de comum acordo, prestámos na praça do Rocio no dia 26 de Fevereiro do presente ano [...]".

[99] Aprontado a 8.1.1821; DCGENP, pp. 60 ss.; publicado no respectivo diário, incluído no A. M. Hespanha & Cristina Nogueira da Silva (org.) *Fontes para a história [...]*; ed. acessível, Lopes Praça, *Collecção de leis...*, II, 158-165.

[100] Cf. Giovanni Ruocco, "La rivoluzione nelle parole: dalla *régénération* del regno di Francia [...]", cit..

[101] Mas não quanto à identidade do grupo humano que constituía a Nação, no que se conserva o critério de sangue do antigo direito (cf. *Ord. Fil.*, II, 55).

[102] V., sobre esta questão, António Pedro Barbas Homem, *Judex perfectus [...]*, cit., 112 ss.. Sobre os antecedentes doutrinais do vintismo, Zília Osório de Castro, "Constitucionalismo vintista. Antecedentes e pressupostos", cit..

formando palavras de sentido banal em explosivas expressões da nova política[103].

7.1.1. *A Nação*

"Nação", "nacional" e "pátria" são outras tantas palavras antigas. O *Diccionário de la lengua castellana* (1726-1737) regista os seguintes sentidos: "*Nación* – El acto de nacer. En ese sentido se oía en el modo de hablar de nación, de lugar de Nacimiento. La coleccion de los habitadores de alguna Provincia, Pals ó Reino. Se usa frecuentemente para significar cualquier Extranjero [...] *Nacional* – de una tierra. Lo que es propio de alguna Nación, o es natural de ella [...] *Nacionalidad* – Afección particular de alguna Nación, ó propiedad de ella. Lar [...] *Nacionalmente* – Con la propiedad ó costumbre de alguna Nación".

O português Rafael Bluteau escreve, num sentido já um pouco mais modernizável: "Nação. Nome colectivo, que se diz de gente, que vive em alguma grande região, ou Reino, debaixo do mesmo senhorio. Nisto se diferença Nação de Povo, porque nação compreende muitos povos, a assim Beirões, Minhotos, Alentejanos, & compõem a Nação portuguesa.

Como se vê, ambos os léxicos remetem para um laço natural de pertença a um território ou a uma comunidade, marcados pelo nascimento. Paradoxalmente para nós, "de nação" podia ser um estrangeiro que, justamente por causa da sua natureza, se contrapunha aos da terra (v.g., a "nação francesa", "gente de nação" [judeus]). A palavra remetia, portanto, para factos naturais, como o nascimento ou o amor a sua terra[104].

---

[103] Sobre a questão das palavras e do sentido, nomeadamente no âmbito da história política, v., resumindo uma vasta discussão, Reinhardt Kosellek, *Le futur passé. Contribution à la sémantique des temps historiques [...]*; Hans Erich Bleker (ed.), *Begriffsgeschichte – Diskursgeschichte – Metapherngeschichte [...]*; James Tully (ed.), *Meaning and Context [...]*. Sobre esta riquíssima discussão remeto para A. M. Hespanha, "Categorias. Uma reflexão sobre a prática de classificar" [...], cit.. Sobre a novidade da linguagem política revolucionária – mas de uma forma algo redutora, como se esta tivesse sido apenas um discurso sobre os direitos", Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos [...]*, cit.; num sentido semelhante de restringir a história constitucional a uma história da afirmação dos direitos, mas assumindo a opção como uma de entre várias possíveis, Clara Álvarez Alonso, *Lecciones de historia constitucional [...]*, cit..

[104] As *Siete partidas* referem-se a esta mesma ligação natural que cria laços políticos, aos falarem de "vassalo natural" e de "senhor natural" (por oposição a vassalo ou senhor por pacto de vassalagem).

A pátria era também o lugar de nascimento, o lugar de que se era próprio ("*Pátria* [...] El Lugar ó Ciudad ó País en que se ha nacido. Metafóricamente se toma por el lugar propio de cualquier cosa, aunque sea inmaterial", *ibid.*).

Fora do sentido da palavra estava qualquer ideia de pertença artificial, por pacto ou por qualquer tipo de escolha, embora a eleição permanente de uma terra como lugar de residência, a educação vivida nela, pudessem criar esse amor que também define a pertença à Nação[105].

Com a revolução liberal, "Nação" passa a evocar a realidade politica revolucionária, com a sua assembleia "nacional", representando a indissociável união de todos os cidadãos, tudo isto carregado de evocações de conteúdo pactício e contratual muito forte[106]. Mas a ideia de uma realidade natural por detrás da pertença nacional não desaparece. O laço do amor à pátria (agora concebida, não como o lugar de nascimento [aquilo a que os espanhóis chamavam "pátria chica"]) continua a constituir a primeira virtude e factor de cidadania. Claro que se trata de um amor electivo, que pode provir tanto do nascimento ou da residência, como de uma eleição "arbitrária" (um pouco como a de Lafayette em relação aos Estados Unidos). Sendo, por isso, que, no plano da definição dos nacionais, os critérios muito fixistas, como o do sangue, tendem a ser flexibilizados com outros que igualmente possam justificar esse amor que está na base da nacionalidade.

A Nação – concebida como "a união de todos os portugueses (i.e., filhos de portugueses, portugueses de sangue [ou de baptismo], *ius sanguinis*) de ambos os hemisférios" – é a detentora *essencial* (nova palavra acrescentada ao projecto inicial) da soberania, da qual, portanto, não pode ser separada, nem com outrem pode ser repartida (art. 14 e 18).

A formulação corresponde, basicamente, à do art. 1.° da Constituição francesa de 1791: "La souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient à la nation; aucune section du peuple, ni aucun individu, ne peut s'en attribuer l'exercice", a qual adopta, inclusivamente, um mesmo critério para a determinação da qualidade de cidadão (arts. 2 a 6). Quer no que diz respeito à entidade que detém a soberania – a "Nação" (e não o "Povo", como na Constituição do Ano I [1793]); quer no relativo à inseparabilidade e indivisibilidade da soberania.

---

[105] Sobre a pátria e o amor da pátria no período medieval, é clássico do estudo de E. Kantorowicz, 'Pro patria mori" (hoje publicado, com introdução de Pierre Legendre e outros, em Ernst Kantorowicz, *Mourir pour la patrie*, Paris, PUF, 1984, 105-141.

[106] Cf. Telmo Verdelho, *As palavras e as ideias [...]*, cit..

Se se adoptar o (convincente) ponto de vista de M. Fioravanti[107], esta opção quanto à soberania "da Nação" é, na época em que se redigem estas *Bases*, plena de sentido político. Com ela se pretenderia recusar a concepção jacobina de que na origem da constituição e das leis estava o "povo", entendido como "universalidade dos cidadãos vivos", de cuja vontade momentânea dependeria o desenho das instituições políticas. Em contrapartida, ao radicar o poder constituinte na Nação, entendida como "realidade histórico-natural", que não se determina pela livre vontade dos indivíduos e que, por sua vez, não determina contratualisticamente o carácter das instituições políticas[108], estava-se a impedir que a vontade de maiorias conjunturais ou geracionais pudesse estabelecer normas constitucionais; estava-se a encontrar "o antídoto necessário contra o voluntarismo e o contratualismo revolucionários" (*ibid.*,112).

Por sua vez, a referência à inseparabilidade e indivisibilidade da soberania tinha um significado sobretudo anti-monárquico. Queria dizer que os direitos políticos pertenciam ao povo tão originaria e entranhadamente que dele não podiam ser separados. Que não pertenciam a Deus, pelo que os governantes não se poderiam reclamar da graça divina como origem dos seus poderes. Que não pertenciam exclusivamente ao rei, como beneficiário de uma cessão definitiva dos poderes do povo, como pretendia a teoria contratualista da monarquia absoluta. Que não estavam partilhados entre dois titulares, o povo e os reis, como queria a doutrina dualista das monarquias "mistas" da Antigo Regime, em que o poder aparecia como o resultado de um pacto entre o rei e o reino. Mas também, que não pertenciam apenas a uma geração – a dos cidadãos vivos – como queria o radicalismo democrático.

Como a soberania residia exclusivamente na Nação somente a ela pertencia "fazer a sua Constituição ou Lei fundamental, por meio dos seus representantes legitimamente [i.e., de acordo com a lei eleitoral] eleitos". Não sendo esta o produto de uma outorga (como as Cartas constitucionais), nem de um pacto entre o rei e o reino (como no constitucionalismo inglês). Mas, tão pouco, o produto de uma decisão arbitrária de uma gera-

[107] M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. I. Le libertà: presupposti culturali e modelli storici*, Torino, G. Giappichellii Ed., 1991, 101 ss..

[108] "*A nação, com as suas instituições, é o produto da história*" (*ibid.*, 112). Sobre as relações entre a teoria da Nação e a teoria do poder constituinte, v., em Portugal, a dissertação inédita de Afonso de Oliveira Martins, *Ensaio sobre o conceito de poder constituinte: o fenómeno e a ideia de poder constituinte*, cit..

ção, que usasse os poderes constituintes sem atenção às tradições da Nação, concebida intemporalmente[109].

Note-se, porém, que no juramento das *Bases*, feito por D. João VI, ao chegar a Portugal (cf. *DCGECNP*, p. 1473), o rei se intitulou a si mesmo "*pela graça de Deus e pela Constituição*, rei do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves". A questão da titularidade do poder constituinte não estava ainda esclarecida, pelo menos para o monarca. Que, mais tarde, usará a graça de Deus contra a Constituição, abolindo-a primeiro e substituindo-a, depois (em 1826), por uma *Carta Constitucional*, esta outorgada ao reino por sua graça. Mas, entretanto, ainda no Brasil, o rei aprova a constituição que estava a ser feita em Portugal (24.2.1821), jurando-a e fazendo-a jurar à sua família, dois dias depois.

7.1.2. *A Constituição*

A palavra "constituição" já existia. Era muito usada na terminologia médica, designando as disposições físicas permanentes ("compleição do corpo", define Rafael Bluteau). Também se usava na geografia física, denotando o mesmo, mas agora em relação à configuração de um país ou região ("temperamento, disposição do ar", define o mesmo)[110]. Mesmo no domínio político, a palavra podia ocorrer, com o sentido de forma permanente de governo; embora esta designação não fosse comum, ela correspondia à ideia de que, tal como os corpos físicos, também os corpos polí.

[109] A inserção da palavra "essencialmente" parece significar justamente a ideia de que a soberania reside originariamente na Nação, trespassando-a esta, pelo pacto constitucional, para os "órgãos de soberania". Depois do momento constituinte, existem, portanto, duas sedes da soberania: a sua sede *essencial*, que é a Nação, e a sua sede *actual*, que são os órgãos em que esta delegou os poderes soberanos (cf. dep. Brandão, *DCGECNP*, 1821, p. 125). Sobre a correspondência entre, por um lado, a soberania radical da Nação e o seu poder constituinte; e, por outro, a soberania actual e os poderes meramente legislativos, cf. dep. Trigoso, ibid., 1821, p. 124, ambos citados por Manuel Pedro Cunha da Silva Pereira, *A limitação jurídica do poder político nos trabalhos das assembleias constituintes portuguesas do período liberal*, cit., p. 10 ss..

[110] "Se toma algunas veces por la situación, postura y asiento de las cosas: y así hablando de la variedad de los temples y temperamentos de las Provincias, Ciudades, poblaciones y otras cosas semejantes se dice que su constitución es cálida, húmeda, benigna, etc." Vale también Sistema, estado del tiempo, ó de las cosas ó negocios que ocurren" (*Diccionario de la lengua castellana*, Madrid, 1726).

ticos possuíam disposições permanentes e relativamente indisponíveis quanto à sua forma de governo[111].

Na linguagem jurídica, "constituição" significava, porém, sobretudo, uma lei do príncipe, na tradição da linguagem jurídica do império romano ("estatuto, regra", regista Bluteau, no qual o verbo "constituir" significa "estabelecer, ordenar")[112]. E neste sentido que a palavra é utilizada para designar a disciplina jurídica proveniente da autoridade eclesiástica ("constituições dos bispados", "constituições sinodais").

Esta tensão entre "disposição natural" e "decisão de autoridade" não era particularmente sentida na teoria jurídica e política do Antigo Regime, pois era consensual que os "imperantes" não inventavam o direito, mas o iam colher a uma fonte natural. "Governar" (*iurisdictionem habere*) era "fazer justiça" *(iustitam dare)*, sendo, por isso, a lei mais do que um acto de vontade, um acto de razão[113].

Agora, porém, a palavra ganha conteúdos novos[114], que já tinham sido apontados no *Manifesto aos Portugueses*, da Junta Provisional do Governo Supremo do Reino declaravam, de 31 de Outubro de 1820[115]: "[...] Lei e vontade será em vós a mesma coisa; direito e justiça, palavras sinónimas; dignidade e igualdade, significações recíprocas; interesse e

[111] *Diccionario de la lengua castellana...*, Madrid, 1726: *Constitucion* – "Ordenanza establecimiento, estatuto, reglas que se hacen y forman para el buen gobierno y dirección de alguna República ó Comunidad"; cf. A. M. Hespanha, "Qu'est-ce que la constitution [...]", *Themis*, 2(2001).

[112] *Diccionario de la lengua castellana...*, Madrid, 1726: "*Constituir* – Establecer, ordenar, instituir y formar leyes y reglas para el régimen y gobierno de algún Reino, República ó Comunidad".

[113] As *Siete Partidas* (sec. XIII) designam, significativamente, a lei como "establecimientos porque los omes sepan bivir bién, e ordenamdamente, segundo el plazer de Dios" (1,1,1), fazendo-a equivaler aos conselhos dos sábios (cf. também, 1,1,4).

[114] Despertando um interesse, mesmo nos círculos não especializados, aos quais se dirigem obras sobre o termo, como: *Bases de huma constituição livre*, Lisboa, Typ. Morandiana, 1820; José Liberato Freire de Carvalho, *O campeão portuguez em Lisboa: ou o amigo do povo e do Rei Constitucional semanário politico, publicado para advogar a causa e interesses da Nação Portugueza* [...], Lisboa,Typographia Rollandiana, 1822-1823; Francisco de Assis Mendonça, *A facecia liberal e o enthusiasmo constitucional, dialogo entre hu solitario e hum enthusiasta*, Lisboa, Typ. Patriotica, 1822; João Nunes Esteves, *Ladainha constitucional segundo o espirito da constituição*, Lisboa, 1822. *O que he a constituição*, n.° 1 (1826) – n.°. 2 (1826), Lisboa, Typ. de A.L. de Oliveira, 1826; Francisco António de São José, *Explicação da nova palavra constituição em forma de dialogo*, Lisboa, Typ. de Simão Thaddeo Ferreira, 1830.

[115] Em Clemente José dos Santos, *Documentos [...]*, cit., pp. 80-81.

virtude, qualificação idêntica; sacrifícios e inclinações, hábitos inseparáveis; e a honra dos cidadãos a nobreza mais alta a que possa aspirar vossa ambição. Tereis, em uma palavra, *Constituição*.... Tal Código criador.... debalde o esquadrinhareis nas reiteradas tentativas das Cortes precedentes". No mesmo sentido de reacção contra a ideia corrente (e que viria a estar expressa no preâmbulo da Constituição de 1822) de que os males da nação, a que a revolução viera pôr termo, resultavam apenas do esquecimento das antigas leis fundamentais do reino –, o deputado Margiochi afirmava que "nós vamos fazer uma constituição, com que não têm relação alguma as nossas leis fundamentais"[116].

A Constituição visa, agora, "assegurar os direitos individuais dos cidadãos, e estabelecer a organização e limites dos poderes políticos do Estado" (Preâmbulo). Ou seja, nela se compaginam duas vertentes, comuns no constitucionalismo europeu – a componente da garantia dos direitos, tal como resultava do célebre livro XI do *Esprit des lois*, de Montesquieu; mas também a da consagração da estrutura fundamental do Estado – "organização e limites dos poderes políticos do Estado".

No entanto, esta segunda dimensão é derivada da primeira, pois esta "organização" só é constitucionalmente relevante na medida em que, na sua própria maneira de ser (nomeadamente, na divisão e mútuo controle dos poderes), se destina a garantir os direitos civis[117]. Isto porque, de acordo com a teoria liberal, o fim da constituição da sociedade política é o reforço dos direitos civis, dotando-os de uma garantia que seja mais do que a auto-defesa.

A ideia já vinha de John Locke:

> "Man being born, as has been proved, with a title to perfect freedom, and an uncontrolled enjoyment of all the rights and privileges of the law of nature, equally with any other man, or number of men in the world, hath by nature a power, not only to preserve his property, that is, his life, liberty and

[116] Cf. *DCGECNP*, p. 1478; cf., no mesmo sentido, outras intervenções (p. 1528, Pessanha; 1531, Eanes de Carvalho; Brandão).

[117] Esta funcionalização do princípio da divisão de podres ao princípio da garantia de direitos tem origem em Montesquieu (livro XI, do *Esprit des lois*). E estará expressamente consignada na *Carta constitucional*, como chave da garantia de direitos ("Art. 10 – A divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efectivas as garantias, que a Constituição oferece". Sobre a função garantista de todas as normas regulamentadoras das atribuições dos vários órgãos do Estado [e não apenas da separação dos poderes], na discussão das constituintes de 1821, cf., *infra*, n.° 8.7.

estate, against the injuries and attempts of other men; but to judge of, and punish the breaches of that law in others, as he is persuaded the offence deserves, even with death itself, in crimes where the heinousness of the fact, in his opinion, requires it. But because no political society can be, nor subsist, without having in itself the power to preserve the property, and in order thereunto, punish the offences of all those of that society; there, and there only is political society, where every one of the members hath quitted this natural power, resigned it up into the hands of the community in all cases that exclude him not from appealing for protection to the law established by it. And thus all private judgment of every particular member being excluded, the community comes to be umpire, by settled standing rules, indifferent, and the same to all parties; and by men having authority from the community, for the execution of those rules, decides all the differences that may happen between any members of that society concerning any matter of right; and punishes those offences which any member hath committed against the society, with such penalties as the law has established: whereby it is easy to discern, who are, and who are not, in political society together. Those who are united into one body, and have a common established law and judicature to appeal to, with authority to decide controversies between them, and punish offenders, are in civil society one with another: but those who have no such common appeal, I mean on earth, are still in the state of nature, each being, where there is no other, judge for himself, and executioner; which is, as I have before showed it, the perfect state of nature"[118].

Porém, em Montesquieu o sentido processual-institucional da constituição é realçado, sob o impacto do exemplo da Constituição inglesa, sendo posto em evidência como a palavra se deveria referir, também, a uma certa forma de organizar mutuamente os poderes:

"Para prevenir este abuso, é necessário por natureza que o poder possa verificar o poder. Um governo deve ser constituído de tal modo que ninguém seja forçado a fazer coisas a que a lei o não obrigue, ou a abster-se de coisas que a lei lhe permite. [...] Quando o legislativo e o executivo estão unidos na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistrados, não pode haver liberdade, porque pode surgir a preocupação de que o monarca ou o senado possam produzir leis tirânicas, ou executá-las de forma tirânica. Do mesmo modo, não há liberdade, se o judiciário não estiver separado do legislativo ou do executivo. Se este estiver unido com o legislativo, a vida

---

118 *The Second Treatise of Civil Government* (1690), Liv. II, cap. 7, sect. 87.

e liberdade dos súbditos estariam expostas aio controlo arbitrário, pois o juiz seria então o mesmo legislador. Se unido ao executivo, o juiz podia comportar-se com violência e opressão"[119].

Assim, a constituição da sociedade civil *nem cria nem secundariza os direitos naturais*; antes os dota de uma garantia pública, pondo termo, tanto à sua natural precariedade, como aos riscos de arbitrariedade e abuso na sua defesa pelo próprio titular. Da Constituição hão-de, portanto, fazer parte as normas que organizam o poder de forma a que este constitua uma garantia de direitos, mais do que as normas que enunciam as modalidades e limites da garantia civil dos direitos naturais. O lugar destas últimas era os códigos – que, assim, desempenhavam uma função constitucional ainda mais substancial; e com os quais, por isso, todas as constituições se preocupam.

7.1.3. *Os direitos individuais*

Seja como for, a definição do que são, no Projecto de Constituição de 1821, os direitos individuais não deixa dúvidas quando à distância entre este e um projecto de constituição como documento de verdadeira garantia de direitos[120].

No Antigo Regime e, até certo ponto, na ordem constitucional americana ou inglesa, os direitos estavam antes da lei – na ordem estabelecida da sociedade (na ordem política) ou na ordem da natureza universal do homem –, podendo ser invocados contra esta[121]. Em contrapartida, na tradição constitucional do continente, este ponto de vista, se tinha caracterizado a constituição da monarquia corporativa, quase sucumbira com o aparecimento do Estado de Polícia (*Polizeistaat*) do último iluminismo. Neste, tinha-se tornado «vanum disputare de potestate», quase não

[119] Esta funcionalização do princípio da divisão de poderes ao princípio da garantia de direitos estará expressamente consignada na *Carta constitucional* (art. 10).

[120] Sobre as discussões acerca deste tema – bem como sobre a consciência de novidade do processo constituinte, v. algumas notas em Carlos Alberto Neves Almeida, *Os direitos fundamentais nas constituintes de 1821/22*, Lisboa [s.n.], 1987. Relatório de mestrado de direito constitucional, Faculdade de Direito, Univ. Lisboa.

[121] Cf., sobre a ordem de direitos da sociedade corporativa de Antigo Regime, A. M. Hespanha, "O indivíduo face ao poder. Portugal. Sécs. XVI-XVII", em *L'individu face au pouvoir*, Bruxelles, Société Jean Bodin, 1989, 131-151. V., adiante, n.° 15.2.3.3.

existindo normas que vinculassem a autoridade aos direitos dos súbditos. É certo que o Estado de Polícia continuou a considerar-se como limitado pelos direitos adquiridos (*iura quaesita*); porém, estes não eram, necessariamente, direitos individuais originários, mas antes direitos estabelecidos no âmbito ordem jurídica positiva, alguns dos quais (por exemplo, os direitos corporativos ou feudais) podiam limitar aquilo que agora era considerado como fazendo parte dos direitos originários dos indivíduos.

A transição do Estado de polícia para o Estado de Direito[122] significa, neste ponto, introduzir limites à discricionariedade do Estado; limites que, no entanto, não eram os puros direitos individuais, mas as normas da lei que os tornavam efectivos na sociedade civil. Assim, a lei (ou seja, a vontade do poder instituído pelo pacto político) aparece, senão como a origem dos direitos, pelo menos como a condição para a sua protecção nesta última sociedade. Daí que, decorrendo da lei a garantia civil dos direitos, a ideia de reclamar uma sua garantia contra a lei aparece como contraditória nos seus próprios termos. É certo que a lei não pode, em face dos objectivos do contrato social, violar os direitos naturais, mas apenas declará-los e protegê-los. Porém, não podendo os direitos naturais ser invocados contra a ordem civil, a única forma de garantia contra os abusos do poder é a reacção política, ou através dos mecanismos de controlo político previstos na Constituição, ou, em casos extremos, por meio da resistência ou rebelião contra um governo tirânico[123]. Em contrapartida, no plano jurídico, os direitos só valiam na medida em que gozavam da protecção da lei civil.

É este o ponto de vista que prevalece no textos das Constituições portuguesas, logo desde a sua origem. Basta considerar a definição de *liberdade* que é, segundo o texto das *Bases da Constituição*, a "faculdade

---

[122] Sobre as relações entre direitos e lei no pensamento político da primeira fase da Revolução francesa, cf. M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. I. Le liberta [...]*, 49 ss.; ou Id., "La Statuto [Albertino] e il costituzionalismo dell'età liberale", em M. Fioravanti, *La scienza dello Stato e della costituzione tra otto e novecento*, cit., p. 823.

[123] Para um outro ponto de vista, mais generoso para com a garantia jurídica dos direitos originários, o contrato social positivava automaticamente (i.e., tornava civis por força da própria Constituição) os direitos naturais, tornando-os oponíveis às leis. E, como a hierarquia da Constituição era superior à da lei, a violação dos direitos originários configurava uma forma de ilegalidade particularmente grave – a inconstitucionalidade. Foi a doutrina que triunfou na América, dando dignidade legal – mesmo, constitucional – à ordem de direitos.

[...] de fazer tudo o que a lei não proíbe. A conservação desta liberdade depende da exacta observância das leis" (art. 2)[124]. Embora nesta definição confluam várias coisas[125], o que é certo é que a lei (a vontade geral [cf. art. 24][126]) está, no estado político, antes dos direitos; como o tinham ensinado J.-J. Rousseau[127], J. Bentham[128] e, em geral, toda a tradição republicana; mas também, como vimos, os próprios pais fundadores do liberalismo, como J. Locke. A segurança está igualmente consubstanciada no princípio da legalidade (nomeadamente em matéria penal, arts. 4 a 6), ao passo que a propriedade "é um direito sagrado e inviolável [...] de dispor à sua vontade de todos os seus bens, *segundo a lei*" (art. 7); e a liberdade de comunicação do pensamento – "um dos mais preciosos direitos do homem" – responsabiliza pelos abusos "nos casos e na forma que a lei determinar" (art. 8). Perante a omnipotência do legislativo, ao cidadão é concedido apenas o direito de "apresentar por escrito à Cortes e ao Poder executivo reclamações, queixas, ou petições, que deverão ser examinadas" (art. 15). Nada, em contrapartida, de aberto reconhecimento de meios judiciais de garantia dos direitos individuais contra o Estado, embora isso pudesse caber na promessa de que os ministros incorreriam em responsabilidade (qual ?), entre outras coisas, por violação de direitos.

[124] No texto final da Constituição de 1822: "A liberdade consiste em não serem [os Portugueses] obrigados a fazer o que a lei não manda, nem a deixar de fazer o que ela não proíbe [...]".

[125] Confluem: o tópico republicano da liberdade como consonância com a vontade geral; a ideia da irrelevância política dos direitos naturais; a ideia do carácter forçosamente liberal da legislação parlamentar; o *pathos* da instauração de uma nova ordem político-social por meio de leis que deviam, portanto, ser pontualmente observadas; mas também a preocupação "ordeira" e o receio da anarquia (ainda mais visível no projecto, que se referia "exacta observâncias das leis estabelecidas").

[126] "A lei é a vontade geral dos cidadãos declarada pelos seus representantes juntos em cortes. Todos os cidadãos devem concorrer para a formação da lei, elegendo os seus representantes pelo método que a Constituição estabelecer".

[127] Para Rousseau até a própria vida do cidadão "[...] já não é apenas uma graça da natureza, mas um dom condicional do Estado" (*Contrat social*, II, cap. 5).

[128] Para Bentham, os legisladores deviam guiar-se pela racionalidade de uma ciência da legislação na sua busca da maior felicidade para o maior número, não se podendo deixar limitar pela invocação dos chamados direitos naturais. Por um lado, a existência destes, como anteriores e superiores à lei, não podia ser provada. Por outro, o que – em contrapartida – podia ser plenamente demonstrado era que todas as faculdades jurídicas derivavam da lei. Tudo o que se pudesse dizer em contrário cabia na categoria das falácias típicas da linguagem estabelecida dos juristas (J. Bentham, *Principes de legislation*, in *Oeuvres*, Bruxelles, 1840, I, 11 ss.).

Aparentemente[129], restavam, portanto, os meios políticos; mas, mesmo neste plano, com restrições, já que não estava previsto o direito de resistência.

É também a garantia da hegemonia da lei democrática – mais do que a introdução de mecanismos de equilíbrio e controlo que garantam os direitos dos cidadãos – que melhor explica todo o desenho da divisão de poderes. Daí o cuidado em vincar a supremacia do legislativo: na natureza apenas suspensiva do veto real (art. 23)[130], na reserva da iniciativa legislativa a favor das Cortes (art. 25), na proibição de o rei estar presente nas sessões destas (art. 26); na proibição da prorrogação ou suspensão delas pelo rei (art. 27); na inviolabilidade dos deputados (art. 28); na consagração do princípio da responsabilidade ministerial pela violação da lei (art. 31)[131].

Esta "insensibilidade aos direitos" não é específica destas *bases* constitucionais, nem das restantes constituições portuguesas oitocentistas, verificando-se também na maior parte das constituições da Europa continental, tanto na fase revolucionária (digamos, 1789, 1795), como no período pós-revolucionário.

Na primeira fase, porque, por detrás do projecto constitucional, estava também – na Europa continental, mas não na Inglaterra ou nos Estados Unidos – um projecto político-social de desmantelamento de sociedades feudais, em que as situações a que se queria pôr termo estavam garantidas juridicamente por direitos de índole privada: direito aos cargos públicos, direito às prestações feudais e senhoriais, direitos a posições de privilégio, direitos ao desempenho de funções jurisdicionais. Neste contexto, o menos que se podia desejar era um Estado (garante) de direitos (*Rechtsbewährungsstaat*); o que se queria era, antes, um Estado em que o predomínio da vontade do poder (materializada na lei) se impusesse. Já tinha tendido para este modelo o Estado reformista do absolutismo ilustrado (cf. *supra*, cap. 4.2) e, agora, tendia igualmente para ele o Estado liberal, com a diferença de que, de um para o outro, mudara o conceito de lei, de vontade do soberano para vontade geral.

[129] Limitando a afirmação seguinte, v. o que se dirá acerca do controlo da constitucionalidade (cf. n. 8.6.3).

[130] Ou a sua pura e simples recusa em relação ao trabalho das constituintes (art. 23).

[131] A violação da lei de que resulte ofensa de direitos é posta ao mesmo nível daquela que se traduza em "qualquer dissipação ou mau uso dos bens públicos".

Na segunda fase, o predomínio da lei sobre os direitos terá – como mostrou M. Fioravanti[132] – um significado diverso. De acordo com este autor, o Estado liberal de direito representa uma reacção contra o projecto da fase jacobina da Revolução Francesa de definir, com base no voto (arbitrário e momentâneo) dos representantes do povo, um novo modelo de sociedade e de poder, com a consequente redefinição (voluntarista e contratualista) dos direitos, tanto dos indivíduos, como do Estado. Neste sentido, o liberalismo "é essencialmente crítico do *contratualismo revolucionário*, ou seja, daquela ideologia que, segundo os críticos liberais, tinha reduzido toda a esfera político-publicística ao simples produto da vontade dos indivíduos e das forças sociais [...] Por este motivo, o liberalismo é forçado a buscar soluções novas, diversas das que se tinham perfilado com as revoluções dos finais de setecentos. Do ponto de vista liberal, essas revoluções – e, entes de todas, a Revolução Francesa – tinham produzido *uma cultura de direitos e de liberdades incapazes de garantir condições mínimas de estabilidade*, quer á sociedade civil, ameaçada pelas pretensões de domínio político ínsitas nas constituições programa, mas também aos poderes políticos, ameaçados pelo contratualismo revolucionário, bem como pelas pretensões dos indivíduos e das forças sociais"[133-134].

O projecto político liberal é, portanto, dominado pela preocupação de restabelecer a positividade da ordem política. Restaurando, por um lado, o conceito de Nação, como ordem objectiva, superior à vontade e ao contrato, que definiria direitos e deveres, e que se concretizaria em instituições e em normas jurídicas. Redignificando, por outro lado, o conceito de Estado, ao qual se confere uma base não voluntarista e não contratualista, concebendo-o como produto orgânico da história, ideia que não deixará de fazer curso durante todo o século XIX e se tornará hegemónica a partir dos seus meados. Nestes termo, os direitos deixam de se radicar "no arbítrio do poder constituinte, do contrato social, da constituição como fruto das vontades dos indivíduos e das forças sociais", para passarem a estar *no Estado*, como corporização da Nação e da sua história[135]. Esta centralidade do Estado exprime-se no papel da lei (civil e administrativa)

---

[132] M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. I. Le libertà [...]*, 101 ss..

[133] M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. I. Le libertà [...]*, 107.

[134] Para Portugal, v., adiante, exemplos textuais significativos: cap. 15.3.

[135] M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. I. Le libertà [...]*, 115.

como lugares de emergência, de manifestação positiva, dos direitos que, correspondentemente, os constituintes não devem senão garantir[136]. Não era outra a ideia de Vicente José Ferreira Cardoso da Costa, ao propor a supremacia da lei civil sobre a vontade (mesmo que constituinte) de uma assembleia:

"Nas Bases da nossa Constituição, Art. 24, estabeleceu-se que «A Lei é a vontade dos cidadãos declarada pelos seus Representantes juntos em Cortes». Tratava-se aí unicamente de marcar, a quem competia essa parte do Poder político, que se chama o "Legislativo" [...]; é muito diversa disto a ideia geral da Lei Civil, quando ela se considera filosoficamente, para se conhecer, não quem tem a autoridade de a fazer, mas como ela deve ser feita, para que satisfaça aos fins sociais [...] A vontade geral, como a vontade do maior número, exprime o direito da força, direito, que não é direito, bem que a Lei da força seja soberanamente natural; por que ela governa o sistema físico do Universo, e dela partem os fenómenos da natureza [...]. Se a força fosse inseparável da razão, e da justiça, a vontade geral poderia muito bem ser a discreta guia das Associações Civis; mas se com a sua instituição se acaba o direito da força; Se outra garantia se substitui a esta; a Sociedade Civil há-de existir entre o direito da força, que a precede, e a sua ressurreição, que a destrói. E a vontade geral portanto não poderá jamais ser a Lei Civil. Nem ela é a Lei nos Governos Representativos, qual o da nossa Constituição, e por isso nesta se define a Lei a expressão da vontade das suas Cortes – que representam o Todo político; que falam por ele, e que querem por ele. Se, no estado actual das nossas coisas, se não entender ali concentrada a vontade geral, viremos a recair em um estado de perpétua insurreição. Se as vontades gerais isoladas se quiserem pôr no lugar da Lei, veremos a dissolução social, e o estado de revolução se fará entre nós um estado de Constituição"[137].

---

[136] Note-se como, desta forma, se encontra invertida a hierarquia entre lei e constituição: a lei (civil e administrativa), como um *prius*; a constituição, como ordem derivada. Isto explica que a ideia de sindicância constitucional das leis não apareça, antes se manifestando a tendência oposta de sujeitar a constituição ao controlo das leis civis, enquanto constituintes de direitos.

[137] Vicente José Ferreira Cardoso da Costa, *Que he o codigo civil*, Lisboa, Typ. António Rodrigues Galhardo, 1822, 133 (der "Notas). Agora publicado por A. M. Hespanha e Cristina N. Silva, *Fontes para a história [...]*, cit..

7.2. Continuidades

Falou-se, até aqui, de diferenças. Mas é claro que continuidades entre a constituição do Antigo Regime e esta primeira constituição liberal também existiam.

Logo no art. 17.°, se reconhece – com consequências institucionais que serão importantes – a religião católica, apostólica romana como a religião da Nação; um princípio de Antigo Regime, que não apenas instituía o baptismo como uma forma da aquisição da qualidade de português, como punia a apostasia com a morte[138]. Depois, no art. 18.°, declara-se o carácter monárquico (embora constitucional) e hereditário do governo e, por fim (art. 19), a Casa de Bragança como casa dinástica.

As continuidades mantinham-se, também, pelos silêncios. É certo que se diz, no art. 11.°, que "não se podem tolerar os privilégios de foro"; como também se diz, agora no art. 13.°, que todos os cidadãos podem ser admitidos nos cargos públicos sem outra distinção, que não seja a dos seus talentos e das suas virtudes". Mas, em termos genéricos, o princípio geral da igualdade jurídica não é afirmado, nem tão pouco se aponta para qualquer projecto de desmantelamento da estrutura fiscal (forais[139], direitos

[138] Para alguns deputados, a profissão da religião católica seria condição de gozo de direitos políticos, embora não de direitos naturais; cf. *DCGECNP*, p. 1805.

[139] Apenas *reduzidos* a metade por dec. de 3.6.1822, que também extingue as lutuosas e outras contribuições extraordinárias (v. Francisco Soares Franco, *Explanação à lei de 5 de Junho de 1822 sobre a reforma dos foraes*, Lisboa, Rollandiana, 1822, 23 pp.). Note-se que, desde 1810, existia uma promessa de abolição dos direitos feudais. De facto, Carta Régia de 7.3.1810 promete a atenuação ou mesmo a supressão dos forais; Ricardo Raimundo Nogueira, nas suas interessantíssimas "Memórias sabre as cousas mais notáveis que se trataram nas conferências de governo destes reinos" (códices 6848 a 6053 da BNL), relaciona e saída desta carta régia – pare ele, obra de Conde da Linhares (D. Rodrigo de Sousa Coutinho) – com a preocupação da atenuar a impressão desfavorável do tratado com a Inglaterra (Cód. 6848, p. 28-31; no mesmo sentido, F. M. Trigoso de Aragão Morato, *Memórias [...]*, Coimbra 1933, p. 62 ss.). E, na verdade, a questão foi sempre apresentada no governo – pelo Principal Sousa (D. António de Menezes e Sousa), irmão de Linhares – como medida de compensação de actos governativos graves para os povos, como a contribuição extraordinária de defesa em 1811. O Principal Sousa leva a questão ao governo pelo menos meia dúzia da vezes durante o ano da 1811 (cf. cód. BNL 6848, p. 28 ss.; cod. 6849, notas sobra as sessões de 23.1,12, 22.2, 1.3, 15.3, 3.10 e 23.12.1811 e 9.1.1812; cod. 6851, sessão de 24.9.1812). A principal oposição à C.R. foi movida por Ricardo Raimundo Nogueira, justamente com base na intangibilidade dos direitos de propriedade dos senhores (cf. cods. 6848, p. 28 ss.; 6489, p. 43; também, cod. 7297//34 e 7201//17). Referência a outra documentação de arquivo no meu estudo (versão policopiada), *O jurista e o legis-*

como lugares de emergência, de manifestação positiva, dos direitos que, correspondentemente, os constituintes não devem senão garantir[136]. Não era outra a ideia de Vicente José Ferreira Cardoso da Costa, ao propor a supremacia da lei civil sobre a vontade (mesmo que constituinte) de uma assembleia:

"Nas Bases da nossa Constituição, Art. 24, estabeleceu-se que «A Lei é a vontade dos cidadãos declarada pelos seus Representantes juntos em Cortes». Tratava-se aí unicamente de marcar, a quem competia essa parte do Poder político, que se chama o "Legislativo" [...]; é muito diversa disto a ideia geral da Lei Civil, quando ela se considera filosoficamente, para se conhecer, não quem tem a autoridade de a fazer, mas como ela deve ser feita, para que satisfaça aos fins sociais [...] A vontade geral, como a vontade do maior número, exprime o direito da força, direito, que não é direito, bem que a Lei da força seja soberanamente natural; por que ela governa o sistema físico do Universo, e dela partem os fenómenos da natureza [...]. Se a força fosse inseparável da razão, e da justiça, a vontade geral poderia muito bem ser a discreta guia das Associações Civis; mas se com a sua instituição se acaba o direito da força; Se outra garantia se substitui a esta; a Sociedade Civil há-de existir entre o direito da força, que a precede, e a sua ressurreição, que a destrói. E a vontade geral portanto não poderá jamais ser a Lei Civil. Nem ela é a Lei nos Governos Representativos, qual o da nossa Constituição, e por isso nesta se define a Lei a expressão da vontade das suas Cortes – que representam o Todo político; que falam por ele, e que querem por ele. Se, no estado actual das nossas coisas, se não entender ali concentrada a vontade geral, viremos a recair em um estado de perpétua insurreição. Se as vontades gerais isoladas se quiserem pôr no lugar da Lei, veremos a dissolução social, e o estado de revolução se fará entre nós um estado de Constituição"[137].

---

[136] Note-se como, desta forma, se encontra invertida a hierarquia entre lei e constituição: a lei (civil e administrativa), como um *prius*; a constituição, como ordem derivada. Isto explica que a ideia de sindicância constitucional das leis não apareça, antes se manifestando a tendência oposta de sujeitar a constituição ao controlo das leis civis, enquanto constituintes de direitos.

[137] Vicente José Ferreira Cardoso da Costa, *Que he o codigo civil*, Lisboa, Typ. António Rodrigues Galhardo, 1822, 133 (der "Notas). Agora publicado por A. M. Hespanha e Cristina N. Silva, *Fontes para a história [...]*, cit..

7.2. Continuidades

Falou-se, até aqui, de diferenças. Mas é claro que continuidades entre a constituição do Antigo Regime e esta primeira constituição liberal também existiam.

Logo no art. 17.°, se reconhece – com consequências institucionais que serão importantes – a religião católica, apostólica romana como a religião da Nação; um princípio de Antigo Regime, que não apenas instituía o baptismo como uma forma da aquisição da qualidade de português, como punia a apostasia com a morte[138]. Depois, no art. 18.°, declara-se o carácter monárquico (embora constitucional) e hereditário do governo e, por fim (art. 19), a Casa de Bragança como casa dinástica.

As continuidades mantinham-se, também, pelos silêncios. É certo que se diz, no art. 11.°, que "não se podem tolerar os privilégios de foro"; como também se diz, agora no art. 13.°, que todos os cidadãos podem ser admitidos nos cargos públicos sem outra distinção, que não seja a dos seus talentos e das suas virtudes". Mas, em termos genéricos, o princípio geral da igualdade jurídica não é afirmado, nem tão pouco se aponta para qualquer projecto de desmantelamento da estrutura fiscal (forais[139], direitos

---

[138] Para alguns deputados, a profissão da religião católica seria condição de gozo de direitos políticos, embora não de direitos naturais; cf. *DCGECNP*, p. 1805.

[139] Apenas *reduzidos* a metade por dec. de 3.6.1822, que também extingue as lutuosas e outras contribuições extraordinárias (v. Francisco Soares Franco, *Explanação à lei de 5 de Junho de 1822 sobre a reforma dos foraes*, Lisboa, Rollandiana, 1822, 23 pp.). Note-se que, desde 1810, existia uma promessa de abolição dos direitos feudais. De facto, Carta Régia de 7.3.1810 promete a atenuação ou mesmo a supressão dos forais; Ricardo Raimundo Nogueira, nas suas interessantíssimas "Memórias sabre as cousas mais notáveis que se trataram nas conferências de governo destes reinos" (códices 6848 a 6053 da BNL), relaciona e saída desta carta régia – pare ele, obra de Conde da Linhares (D. Rodrigo de Sousa Coutinho) – com a preocupação da atenuar a impressão desfavorável do tratado com a Inglaterra (Cód. 6848, p. 28-31; no mesmo sentido, F. M. Trigoso de Aragão Morato, *Memórias [...]*, Coimbra 1933, p. 62 ss.). E, na verdade, a questão foi sempre apresentada no governo – pelo Principal Sousa (D. António de Menezes e Sousa), irmão de Linhares – como medida de compensação de actos governativos graves para os povos, como a contribuição extraordinária de defesa em 1811. O Principal Sousa leva a questão ao governo pelo menos meia dúzia da vezes durante o ano da 1811 (cf. cód. BNL 6848, p. 28 ss.; cod. 6849, notas sobra as sessões de 23.1,12, 22.2, 1.3, 15.3, 3.10 e 23.12.1811 e 9.1.1812; cod. 6851, sessão de 24.9.1812). A principal oposição à C.R. foi movida por Ricardo Raimundo Nogueira, justamente com base na intangibilidade dos direitos de propriedade dos senhores (cf. cods. 6848, p. 28 ss.; 6489, p. 43; também, cod. 7297//34 e 7201//17). Referência a outra documentação de arquivo no meu estudo (versão policopiada), *O jurista e o legis-*

banais[140-141], dízimos), beneficial (bens da coroa, comendas) ou fundiária (morgadios, capelas) de Antigo Regime, profundamente discriminatórias, apesar de a ideia da sua reforma andar no ar desde o pombalismo.

Dado o que se dispõe nas determinações finais das Bases de 1821, ou seja, que elas ficarão "servindo provisoriamente de Constituição", ressalvados os três artigos por regulamentar relativos à liberdade de imprensa, esta foi a primeira constituição portuguesa, em vigor desde 9.3.1821 até 1.10.1822; mesmo que se tome em conta o episódio fugaz da promulgação da constituição de Cadiz no Brasil, pelo espaço de um dia incompleto (21--22.4.1821).

lador na construção da propriedade burguesa-liberal em Portugal, Lisboa, Faculdade de Direito, 1879-1980, nota 81. A questão necessita da ser aprofundada, nomeadamente com base no fundo documental da regência existente no ANTT. Sobre a questão dos forais, v., abaixo, n.° 15.2.3.3.

140 Extintos por Alv. com força de lei de 5.4.1821.

141 Sobre as questões relacionadas com estas reformas, v., adiante, o capítulo sobre a constituição económica do liberalismo (cap. 15); Sobre as questões relacionadas com estas reformas, v. A. M. Hespanha, "O jurista e o legislador [...]", cit.; outra síntese, com bibliografia suplementar, Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História [...]*, 425 ss..

8. A CONSTITUIÇÃO DE 1822

Em 25.6.1821, o projecto constitucional, preparado por um grupo de Deputados constituído em Comissão da Constituição, foi apresentado às Cortes, tendo sido iniciada a sua discussão poucos dias depois (a 9.7).

8.1. **Constituição ou Regeneração?**

"Em nome da Santíssima e Indivisível Trindade. As Cortes Gerais Extraordinárias e Constituintes na Nação Portuguesa, intimamente convencidas de que as desgraças públicas, que tanto a tem oprimido e ainda oprimem, tiveram a sua origem no desprezo dos direitos do cidadão, e no esquecimento das leis fundamentais da Monarquia; e havendo outrossim considerado, que somente pelo restabelecimento destas leis, ampliadas e reformadas, pode conseguir-se a prosperidade da mesma Nação, e precaver-se, que ela não torne a cair no abismo, de que a salvou a heróica virtude de seus filhos; decretam a seguinte Constituição Política, a fim de assegurar os direitos de cada um, e o bem geral de todos os Portugueses".

Este preâmbulo (bem como os afeiçoamentos de que foi objecto em relação ao projecto inicial apresentado pela Comissão da Constituição) já nos dá algumas indicações quanto ao núcleo ideológico e normativo do novo texto[142].

Os constituintes começam por afirmar[143] algo que os filia no cons-

---

[142] Sobre este tópico, Zília Osório de Castro, "Constitucionalismo vintista [...]", cit., 599; sobre as origens francesas da ideia de que as constituições modernas eram actos de reposição da constituição tradicional dos reinos, progressivamente viciada por abusos, v. Giovanni Ruocco, «La Rivoluzione nelle parole: dalla *Régénération* del Regno di Francia [...]", cit..

[143] A invocação da Santíssima Trindade, em nome da qual os deputados crêem falar, pode não ser muito relevante do ponto de vista da história das ideias constitucionais, pois apenas revelaria que os deputados criam que a sua vontade constituinte (como qualquer vontade humana) estava inspirada por Deus (cf., em sentido contrário, a crítica

titucionalismo reformista: a nova Constituição tem que ser um "restabelecimento" da memória constitucional tradicional, das leis fundamentais da monarquia. Mas, ao mesmo tempo, declara-se algo de novo: que essas leis têm, agora, que ser "ampliadas" e, acrescentou-se ao projecto inicial, "reformadas". Nestas ideias de ampliação e de reforma, as Cortes já assumem um poder constituinte, embora limitado. Não com a ousadia de fazer tudo de novo ou de refazer totalmente o que estava (mal) feito; mas com a prudência de dar uma nova forma ou de alargar o âmbito às leis fundamentais históricas da Monarquia. Leis que os tempos – subentende-se – tinham tornado parcialmente obsoletas, como também reconhecera Luís XVIII, no preâmbulo da *Carta Constitucional* de 1814, onde, depois de rememorar como os seus antecessores tinham modificado o exercício do poder real "segundo a diferença dos tempos", afirma que também ele "teve que apreciar os progressos sempre crescentes das luzes, as novas relações que estes progressos introduziram na sociedade, a direcção imprimida nos espíritos no último meio século, e as graves alterações que daí resultaram" para concluir que os pedidos dos povos no sentido da outorga de uma *Carta Constitucional* eram a "expressão de uma necessidade real"[144].

Descontando, embora, algum oportunismo visando a aceitação conjuntural da nova ordem, a ênfase no tópico da *regeneração* convinha ao ideário político da época, em que – na senda da rejeição do voluntarismo jacobina e do entretanto progressivamente mais influente romantismo político – se revalorizava a tradição política e jurídica como instância de positivação da ordem jurídico-constitucional[145].

Claro que toda esta ênfase na continuidade e na prudente reforma é, em grande parte, ilusória. Porque as novidades – quer em relação à constituição tradicional do Reino, quer mesmo em relação à constituição reformista ensaiada a partir da segunda metade do séc. XVIII – eram muitas e

de Silvestre Pinheiro Ferreira, *Breves Observações sobre a Constituição [... de 1822]*, cit., I). Em todo o caso, pode também apontar para o carácter sacramental do acto constituinte: o que jogaria bem com a expressão "por graça de Deus", que se mantém na titulação dos reis. Realmente, o que os constituintes teriam feito fora retomar uma velha ideia do pensamento político europeu, a de que o poder provinha de Deus através do povo, ideia que se continuaria, mais tarde, na de que a ordem da natureza (jusnaturalismo) ou a ordem da razão (jusracionalismo) têm uma origem divina. Já a ideia da realeza de origem divina ("por graça de Deus") remete para o providencialismo, ou seja, para uma intervenção directa de Deus na designação dos governantes.

[144] Cf., sobres este trânsito da ideia e *regeneração* à ideia de *constituição*, Giovanni Ruocco, «La Rivoluzione nelle parole: dalla *Régénération* del Regno di Francia [...]», cit..

[145] Cf., antes, 7.1.3.

enormes. Mas, sobretudo, esta novidade fundamental de se reconhecer às cortes um papel constituinte não deixou de ser bastante para excitar a mais escandalizada reacção da parte daqueles que criam que a constituição do reino era um dado natural e não o resultado de um pacto. Tal era o caso dos pensadores políticos contra-revolucionários ou legitimistas, como José Agostinho de Macedo, que escreve "nenhuma Constituição resulta, ou pode resultar de uma deliberação, porque não se pode deliberar do que está eternamente na essência do homem como animal sociável, ou nascido para a sociedade dos seus semelhantes. Os direitos dos Povos não se podem escrever, nem estão escritos, nem a Constituição factícia o que eles já têm por natureza [...] aquilo a que VV. SS. chamam, com tão inchadas bochechas, Constituições, não são constituições, são ajustes, são convenções entre homens"[146].

8.2. A Nação

A Nação[147] aparece como a entidade titular da soberania. Quanto à definição do conceito, a Constituição aponta para uma definição não geral e não igualitária da Nação[148]. Não apenas dela estão excluídos muitos grupos que habitavam o território do Reino e que deviam ser, em princípio, partes do contrato constituinte; como no universo abrangido se verificam distinções e não homogeneidades no plano dos direitos.

Por um lado, o universo dos naturais – agora "nacionais" e "cidadãos" – é idêntico: portugueses, filhos de pais portugueses.

---

[146] José Agostinho de Macedo, *Bazes eternas do Constituição Política achada na Cartilha do Mestre Ignacio pelo sacristão do Padre Cura D'Aldeia*, Lisboa, Imp. da Rua Formosa, 1824, 37/38; cf. ainda, sobre o carácter orgânico e não pactício das constituições, 23 ss.; 37 ss.. Nem alegadas actas das cortes de Lamego escapavam a este anti-pactismo (cf. p. 26).

[147] Sobre a prevalência, no conceito de Nação adoptado na Constituição de Cadiz – inspiradora da portuguesa – de elementos tradicionais, pouco compatíveis com o universalismo e igualitarismo que teria caracterizado a doutrina constitucional da Revolução francesa, v. José María Portillo Valdés, *Revolución e Nación. Orígenes de la cultura constitucional en España*, 1780-1812, cit., obra em que se critica o alegado radicalismo e a natureza fracturante (de ruptura) da Constituição de Cadiz. Sobre a identidade política na história europeia, v. P. Prodi e W. Reinhard, *Identita colletive* [...], cit., nomeadamente a introdução dos coordenadores e o penetrante artigo de P. Schiora, "Dall'identità individuale all'identità colletiva. O piutosto problemi di legitimazione?", 197-216.

[148] Cf., a seguir, cap. 8.3.

Neste ponto – teoricamente central e, na prática, muito relevante –, a Constituição afasta-se da distinção entre "portugueses" e "cidadãos portugueses", que constava do Projecto.

Aí, adoptava-se o nascimento *em território português* (e não o nascimento *de pais portugueses*) como critério para a definição de quem fosse português ("homens livres nascidos e domiciliados no território português e os filhos deles"); mas negava-se a cidadania (i) aos que não fossem "oriundos de território português" pelas duas estirpes, (ii) aos filhos ilegítimos de mãe portuguesa, (iii) aos estrangeiros apenas naturalizados (mas sem carta de cidadania) e (iv) aos libertos (arts. 21 e 22). Tratava-se, de facto, de uma refundação da Nação, pois se substituía o tradicional *ius sanguinis* a uma modalidade de *ius soli*, incorporando à Nação todos os filhos de estrangeiro que tivessem nascido e habitassem o território português, o que constituía uma alteração dramática do âmbito pessoal da Nação portuguesa, sobretudo no ultramar[149]. Em contrapartida, introduzia-se uma cesura entre portugueses e cidadãos que haveria de ter um peso decisivo em matéria de representação nacional (v., *v.g.*, art. 33, restringindo o voto aos cidadãos). Ou seja, constituía-se uma Nação alargada, embora apenas se garantam direitos civis e políticos (cf. art. 1 e ss.) e direitos de representação política a um número muito mais restrito de portugueses (cf. art. 33). No fundo, isto equivale a uma ideia dualista de Nação, que, ao tempo, se exprimia, de múltiplas formas – distinguindo "nacionais" de "cidadãos", "cidadãos passivos" de "cidadãos activos" e, até, com um arcaico sabor romanista, "peregrinos", "latinos" e "cidadãos". Mas nada disto passa para o texto constitucional finalmente aprovado, que retoma as soluções do direito pátrio mais tradicional.

Já o território gozava de um estatuto unitário, devendo ser, inclusivamente, objecto de uma mesma organização administrativa, em províncias, comarcas, e concelhos (cf. art. 20, § ult.). Neste último ponto, a versão final da Constituição fica menos nítida quanto à uniformidade da administração territorial, pois estabelece apenas que "do território do Reino Unido de fará *conveniente* divisão", para além de que caracteriza Macau, Timor e Solor, como "estabelecimentos", tradução portuguesa da palavra *settlements*, que remete para formas não territoriais de colonização[150].

De fora, seguem os estrangeiros, seja aqueles europeus que viviam no reino e no ultramar, seja as populações nativas não cristãs, as quais, no

[149] Note-se que esta era a solução do direito comum, de que o direito pátrio se afastava (cf. *infra*, cap. 11.4.2.).

[150] Sobre a construção de um território unificado, pela doutrina política da primeira Revolução francesa, v. L. Mannori e B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 202; com maiores desenvolvimentos, Stefano Mannonni, *Une et indivisible [...]*, cit..

Antigo Regime, não tinham adquirido a naturalidade nem carnal (pela geração), nem espiritual (pelo baptismo); e que, agora, continuam excluídas de nacionalidade e de cidadania. Uns e outros não têm direitos de cidade (direitos civis), embora conservem os seus direitos naturais e ainda aqueles direitos civis e políticos que a Nação graciosamente lhes confira, nomeadamente em obediência ao princípio da reciprocidade. O mesmo se passa com os escravos que, fora do Reino, mantêm o seu estatuto de não-pessoas. Semelhante é a continuidade em relação às mulheres que – quer por causa do género, quer por causa da sua pertença (em posição subordinada, como filhas, como mulheres) a um mundo político doméstico –, carecem de direitos políticos, embora gozem, como já gozavam, de alguns direitos civis, também como concessão graciosa da lei[151-152]. Neste plano

[151] A situação da mulher; mesmo casada, era ambígua. Ela não perderia totalmente a sua capacidade civil, pois apenas os seus direitos relativos às finalidades da sociedade conjugal tinham sido postos nas mãos do marido pelo contrato (civil) de casamento (cf. nota seguinte). Os seus restantes direitos mantinham-se ou não no estado civil, em função da sua garantia (ou não) pela lei civil. O que esta não podia garantir eram os direitos que, pelo casamento, a mulher tinha depositado nas mãos do marido. Ou seja, o que a sociedade civil não podia era destruir a sociedade doméstica.

[152] Texto fundador sobre os direitos das mulheres, neste período do jusnaturalismo contratualista: J. Locke, *Second treatise on government* (1690), liv. II, sec. 82: "But the husband and wife, though they have but one common concern, yet having different understandings, will unavoidably sometimes have different wills too; it therefore being necessary that the last determination, i. e. the rule, should be placed somewhere; it naturally falls to the man's share, as the abler and the stronger. But this reaching but to the things of their common interest and property, leaves the wife in the full and free possession of what by contract is her peculiar right, and gives the husband no more power over her life than she has over his; the power of the husband being so far from that of an absolute monarch, that the wife has in many cases a liberty to separate from him, where natural right, or their contract allows it; whether that contract be made by themselves in the state of nature, or by the customs or laws of the country they live in; and the children upon such separation fall to the father or mother's lot, as such contract does determine. Sec. 83. For all the ends of marriage being to be obtained under politic government, as well as in the state of nature, the civil magistrate doth not abridge the right or power of either naturally necessary to those ends, viz. procreation and mutual support and assistance whilst they are together; but only decides any controversy that may arise between man and wife about them. If it were otherwise, and that absolute sovereignty and power of life and death naturally belonged to the husband, and were necessary to the society between man and wife, there could be no matrimony in any of those countries where the husband is allowed no such absolute authority. But the ends of matrimony requiring no such power in the husband, the condition of conjugal society put it not in him, it being not at all necessary to that state. Conjugal society could subsist and attain its ends without it; nay, community of

do âmbito do universo de pessoas incluídas, apenas há a destacar a situação dos libertos e dos expostos em território nacional[153], que são incluídos no universo político[154].

Em todo o caso, um exame mais detalhado, mostra como esta Nação, longe de ser um conjunto de indivíduos com direitos homogéneos, era diferenciada, nomeadamente quanto à possibilidade de participar na decisão política[155].

Neste plano, abatia-se com toda a violência a célebre distinção, da responsabilidade de Benjamin Constant, v. *infra*, 11.1) entre a liberdade dos antigos, caracterizada pela "participação política", e a liberdade dos modernos, caracterizada pela garantia de não intromissão do Estado na esfera dos direitos individuais[156]. Partindo de uma ideia anterior, de que o verdadeiro fim da sociedade política era a garantia dos direitos civis, sendo os direitos políticos apenas funcionais àquele objectivo, Constant defende que – sobretudo nas modernas sociedades de massas –, basta, para que um governo seja liberal, que este garanta os direitos civis, não sendo indispensável (nem desejável) a outorga de direitos políticos a todos os nacionais[157].

> Esta foi apenas uma das formas de legitimação do sistema eleitoral restritivo, com a qual se combinaram outras, entre as quais: (i) as que recusavam o direito de voto aos que não fossem verdadeiramente livres (i.e., além dos incapazes em razão da idade ou de doença, aos sujeitos a vinculações domésticas, profissionais, religiosas); (ii) as francamente elitistas,

---

goods, and the power over them, mutual assistance and maintenance, and other things belonging to conjugal society, might be varied and regulated by that contract which unites man and wife in that society, as far as may consist with procreation and the bringing up of children till they could shift for themselves; nothing being necessary to any society, that is not necessary to the ends for which it is made".

[153] Única concessão, inevitável, ao *ius soli*. A inclusão dos libertos pode explicar-se ou, nos termos de algo semelhante ao *ius sanguinis*, pela nacionalidade portuguesa daquele que fizera nascer o liberto para o estado civil e político; ou, nos termos do *ius soli*, pela alforria se ter dado (se se deu..) em território português. Sobre a questão dos libertos, com desenvolvimentos, Cristina Nogueira da Silva, *A cidadania nos trópicos [...]*, cit..

[154] Mas não dos filhos ilegítimos de mãe portuguesa, que, no *Projecto*, eram portugueses. A volubilidade (aqui, quase pré-globalizada ...) das mulheres impedia que a nacionalidade portuguesa das mães garantisse suficientemente idêntica nacionalidade dos pais.

[155] Sobre a progressiva diferenciação do universo dos cidadãos v., *infra*, cap. 11.4.2.).

[156] Veremos que tão pouco esta última estava fiavelmente consagrada, na tradição constitucional portuguesa (e, concretamente, nesta Constituição).

[157] Sobre este tema da relação entre direitos civis e direitos v., *supra*, cap. 7.1.3; e, *infra*, caps. 11.2.1.4, 11.2.1.5, 11.4.3, 11.4.4, 12.2.1.

que consideravam o voto como um mero expediente técnico (i.e., não um direito de cidadania) para escolher os "melhores", aqueles cuja opinião devia ser tomada em conta na decisão dos assuntos políticos; (iii) as que consideravam o direito de voto como uma contrapartida das prestações dos cidadãos à sociedade (pondo ao serviço dela a sua riqueza, o seu mérito, a sua ilustração intelectual), de onde decorria que este não devia ser atribuído a quem não tivesse quaisquer préstimos sociais[158].

Os artigos da *Constituição de 1822* referentes às eleições reflectem um pouco de tudo isto. Para garantir a liberdade (ou autenticidade) de voto, excluem:

(i) os menores de 25 anos (ou, se casados, de 20 anos), salvo se a sua capacidade estivesse demonstrada pelas suas funções sociais, na milícia, nas letras ou na religião[159];

(ii) as mulheres, de que, aliás, nem se fala, como se isso fosse desnecessário ou redundante, tal como acontece com os dementes[160-161];

(ii) os sujeitos ao pátrio poder, como as filhos-família, independentemente da idade, a menos que exercessem ofícios públicos; a que se somaiam as esposas, se estas já não padecessem da incapacidade do género; mas a que acrescem ainda os criados de servir que não vivam em casa separada dos patrões (art. 33, II e III);

(iv) os submetidos à autoridade religiosa regular, *i.e.*, os que vivam em comunidades monásticas, as quais, à sua maneira, eram como que um outro género de comunidades domésticas (art. 33, V);

(v) os socialmente inúteis, que nada aportavam à república, como os vadios (art. 33, IV); aos quais se acrescentariam, no futuro e com o que se esperava dos progressos da instrução[162], os analfabetos adultos (art. 33, VI).

---

[158] Em Portugal, é a doutrina perfilhada por Silvestre Pinheiro Ferreira, (Silvestre Pinheiro Ferreira, *Breves Observações sobre a Constituição [... de 1822]*, cit., 7), que critica a definição vintista de Nação justamente porque a cidadania política não poderia ser atribuída a "alguém, só porque nasceu em tal, ou tal País, e de tais, ou tais pessoas. Estas circunstâncias não têm ligação alguma com as condições de capacidade". A este tema se voltará, a propósito do sistema dogmático da Constituição de 1838 (cf., *infra*, caps. 11.2.1.4 e 11.2.1.5, p. 190 ss.)

[159] Serem oficiais militares, bacharéis formados ou clérigos de ordens maiores (art. 33, I).

[160] Sobre as mulheres, cf. *supra*, cap. 8.2.

[161] A incapacidade política dos dementes podia ainda decorrer do artigo sobre a suspensão dos direitos políticos, por incapacidade física ou moral (art. 24).

[162] Cf. arts. 237 a 239, sobre a promoção do ensino.

Do lado dos que podiam ser eleitos, as restrições ainda eram maiores, porque, neste caso, a suficiência da vontade ainda tinha que ser mais claramente demonstrada. Daí que, além de se exigir renda suficiente, se excluam aqueles cujas inclinações naturais (falta de senso, irresponsabilidade) ou vinculações sociais podem importar diminuição da liberdade de opinião e de voto de que um Deputado (mais do que um simples votante) carece: os falidos, os que servem empregos da Casa Real, os libertos. A exclusão dos secretários de Estado ou dos Conselheiros de Estado explica-se por não se poder confundir a qualidade de vigilantes e de vigiados. A exclusão dos estrangeiros, ainda que naturalizados, pela presumível falta daquele amor à pátria, como coisa orgânica, que só os naturais de origem podem ter.

Estudos empíricos dos universos eleitorais mostram como aquela enorme Nação bi-hemisférica de que fala o art. 20 se reduz, no momento de falar politicamente, a um grupo social que, nos seus traços essenciais – em termos sociais e mesmo em termos numéricos, sobretudo nos concelhos mais pequenos –, não difere muito do mundo político do Antigo Regime.

8.3. A igualdade

A Nação segue sendo a "união de todos os portugueses" (art. 20) – uma união garantida pela concessão geral de direitos civis e pela existência de deveres gerais dos indivíduos para com o todo[163]; mas esta união é, agora, algo de novo, baseada como está num princípio que era completamente alheio ao sistema constitucional de Antigo Regime, o princípio de que "A lei é igual para todos" (art. 9).

Não é ainda na *Constituição de 1822* que este princípio central terá todos os seus desenvolvimentos, sendo interessante notar que o artigo citado, na continuação, apenas se refere à abolição dos privilégios de foro e aos juízes comissários, havendo um outro artigo que garante a igualdade no acesso aos cargos públicos (art. 12). Aparentemente, a garantia da igualdade dizia respeito apenas a isto; por ora, ainda não se declaram contrários à constituição outros aspectos da desigualdade própria da socie-

[163] "Todo o Português deve ser justo. Os seus principais deveres são venerar a Religião; amar a Pátria; defendê-la com as armas, quando for chamado pela lei; obedecer a Constituição e às leis; respeitar as Autoridades públicas; e contribuir para as despesas do Estado" (art. 19).

dade de ordens (como os direitos senhoriais, a desigualdade dos sexos, a relevância legal da religião, os títulos nobiliárquicos, a escravatura).

8.4. **A liberdade individual**

Era esta igualdade perante a lei que, na ideologia do republicanismo da época (cf. *infra*, 11.2.2), fundava a *liberdade*: ou seja, a situação de quem não dependia de ninguém que não fosse "a república", como comunidade soberana formada por todos e representada pelos "órgãos de soberania" constituídos de acordo com a vontade geral expressa na lei[164].

Paralelamente a esta ideia de liberdade como exclusiva obediência à lei, existia um outro conceito de liberdade, que a concebia como possibilidade de resistir juridicamente ao poder do Estado (a chamada liberdade-resistência). A sensibilidade para este tipo de liberdade tinha-se intensificado, sobretudo com os projectos políticos invasivos do Estado de Polícia, nos finais do Antigo Regime. Esta liberdade concretizava-se em quase tudo aquilo que vem à baila quando se fala da liberdade do liberalismo: coisas como a liberdade de pensamento e da sua comunicação[165], a liberdade de imprensa[166], a liberdade de indústria (ou actividade), a abolição das penas bárbaras e cruéis[167], a liberdade de petição ou de queixa contra as autoridades[168], a inviolabilidade do domicílio[169], a liberdade de culto[170], liberdade de indústria.

Na constituição tradicional de Antigo Regime estas questões, ou não se punham, ou colocavam-se, não em sede de liberdade, mas em sede de garantia de direitos dos particulares, accionáveis contra "o Estado", como contra qualquer outro particular. Na verdade, colocavam-se em termos de propriedade. As preocupações políticas dos particulares centravam-se no respeito dos seus "foros e liberdades" (direitos de fazer ou de não fazer), concebidos como prerrogativas de proprietários, sujeitos a todos os aci-

---

[164] Cf. art. 29.

[165] Cf. art. 7 "[...] pela forma que a lei determinar".

[166] Cf. art. 8 (penalizando o seu "abuso" e mantendo a censura episcopal em matérias religiosas).

[167] Cf. art. 11 (mas não a pena de morte).

[168] Art. 16 e 17.

[169] Cf. art. 18.

[170] Cf. art. 25 (reduzida ao culto privado de religião diferente da católica e apenas por estrangeiros). A *Carta* segue a mesma orientação (art. 6); na Constituição brasileira (arts. 14 e 15), a profissão de religião não católica inibia o gozo de direitos políticos.

dentes jurídicos que a propriedade pode sofrer[171] e accionáveis com os meios jurídicos disponíveis para fazer valer direitos de propriedade[172].

No novo constitucionalismo, em contrapartida, a liberdade ganha uma tonalidade marcadamente política – tem a ver com o Estado e com a vida pública –, aproximando-se da segurança (contra os abusos do Estado)[173] e dissociando-se da propriedade, a qual passa a ser uma das várias faces da liberdade (a liberdade de dispor dos seus bens). Porém, sobre esta reformatação das relações entre liberdade e propriedade, também se pode, de certa forma, dizer que uma face da liberdade, a liberdade política, se torna agora num direito funcional, destinado a garantir outra face da liberdade, a propriedade; e que esta abrange seja a propriedade sobre si mesmo (liberdade civil), seja a propriedade sobre as coisas (propriedade em sentido estrito).

8.5. A liberdade nacional, ou soberania

No plano político, a liberdade da Nação chamava-se "soberania". E esta consistia em a Nação não ser património de ninguém, em só poder ser representada politicamente pelos seus representantes eleitos e em ter o exclusivo do poder constituinte e legislativo[174]. Isto também constitui uma reivindicação liberal recentíssima, pois antes, a "soberania" tinha como sujeito os reis (ou os reinos) e apenas apontava para a ideia do carácter absoluto do seu poder, ou seja, para a sua isenção relativamente a qualquer outra jurisdição (nomeadamente, superior)[175]. O que acontece nas constituições liberais do tipo da de 1822 é que o sujeito da soberania passa a ser, exclusivamente, a Nação, que, ao mesmo tempo que se declara isenta de qualquer poder superior (aspecto externo da soberania)[176], também não

---

[171] Prescrição aquisitiva ou extintiva, alienação, oneração, perda por não uso, esbulho.

[172] Para uma abordagem, com a complexidade necessária, do conceito de liberdade (de que aqui só se dá um apontamento cursivo e simplificador), v. Barberis, *Libertà*, cit..

[173] Cf. arts. 3 a 5.

[174] Cf. arts. 26 e 27. Sobre as novidades do conceito de soberania, por oposição ao que vigorava na teoria política tradicional, desde J. Bodin – novidades que são constituídas pela inseparabilidade entre soberania, igualdade, e legitimação pela vontade geral, v., perspicaz, actualizado e apontado para o recente acaso deste conceito (v.g., face ao direito comunitário europeu, Giuseppe Duso, "L'Europe e la fine della sovranità", cit.).

[175] Cf. Mario Trombino «Sovranità», cit..

[176] Cf. art. 27: "A Nação é livre e independente, e não pode ser património de ninguém [...]".

reconhece qualquer poder interno autónomo ou paralelo com quem tenha que dialogar ou pactar, desqualificando os poderes internos existentes como meramente delegados, quer estes sejam o poder real[177], quer sejam um poder inferior (aspecto interno da soberania)[178].

A soberania manifesta-se, antes de tudo, no primado da lei, como expressão da autodeterminação da Nação[179]. Por isso, os representantes eleitos da Nação têm o exclusivo da legislação[180] (mas não da definição do direito, como se verá[181]); e, por isso também, a lei não necessita do consentimento dos destinatário[182]. Depois, manifesta-se na reserva para o legislativo (sem sanção real) dos actos políticos mais importantes[183]. Finalmente, manifesta-se na vinculação de todos os poderes, agentes e actividades do Estado em relação à lei: o poder executivo tem como finalidade "fazer executar as leis" (art. 122); os secretários de Estado respondem pela falta de observância das leis[184], o mesmo acontecendo com os

---

[177] Cf. art. 121: "A autoridade do Rei provém da Nação", consistindo em "fazer executar as leis [e] expedir os decretos, instruções, e regulamentos adequados a esse fim" (art. 122); sobre as limitações do poder real, explicáveis no mesmo registo, v. art. 124. A fórmula de juramento traduzia a mesma subordinação: v. art. 126.

[178] Cf. art. 26: "[...] nenhum indivíduo ou corporação exerce autoridade pública, que não se derive da mesma Nação".

[179] Cf. art. 104 ("Lei é a vontade dos cidadãos declarada pela unanimidade ou pluralidade dos votos dos seus representantes juntos em Cortes, precedendo discussão pública."

[180] Arts. 27 (exclusivo da legislação constitucional, à qual era inoponível o veto real); art. 102 (exclusivo da legislação ordinária); art. 105 (exclusivo da iniciativa legislativa); art. 110 ss. (carácter meramente suspensivo do veto real).

[181] Cf. cap. 8.6.3.

[182] Ao contrário do que acontecia com teoria da lei de Antigo Regimes, ou porque a doutrina não a considerava perfeita sem uma sua confirmação pelo uso (*firmatio usu*), ou porque, por via de embargos dotados de eficácia suspensiva, os particulares se podiam opor à aplicação da lei, com o fundamento na sua anti-jurisdicidade A. M. Hespanha, "O indivíduo face ao poder. Portugal. Sécs. XVI-XVII", em *L'individu face au pouvoir*, Bruxelles, Société Jean Bodin, 1989, 131-151; Id., *História de Portugal moderno. Político-institucional*, Lisboa, Universidade Aberta, 1995, 285-287.

[183] Cf. art. 103.

[184] Mas também "pelo que obrarem contra a liberdade, segurança, ou propriedade dos cidadãos" (art. 159, & IV, disposição que parece redundante em relação à anterior, mas que se explica para prevenir actos lesivos dos particulares no espaço de discricionariedade do poder executivo), ou seja, no espaço que as leis deixam ao governo e à administração para decidir segundo critérios de mera oportunidade). Sobre a efectivação dessa responsabilidade, v. Maria da Glória Garcia, *Da justiça administrativa* ..., cit., 379 ss..

Conselheiros de Estado (art. 169); os impostos não são obrigatórios se não tiverem sido votados em cortes (arts. 224, 234); os funcionários não são proprietários dos seus ofícios (art. 13), respondendo pelas violações da constituição e das leis (art. 14); a força militar está sujeita ao governo e ligada por uma obediência essencial (arts. 171 e 172); as juntas de administração e as câmaras estão devem obediência às leis nas matérias de governo administrativo e económico (arts. 216, 218).

8.6. Os limites da soberania: os défices do primado da lei no quadro constitucional das fontes de direito

Contudo, a soberania tinha os seus défices. Não, seguramente, na concorrência com o poder real. Mas na sua supremacia sobre dois outros importantíssimos poderes, um externo, outro interno.

8.6.1. *A Igreja*

O poder externo é a Igreja Católica Apostólica Romana. A Constituição – já o vimos – declara "a religião da Nação portuguesa" como sendo "a católica apostólica romana". Isto leva-a a – não podendo chegar à desnaturalização dos não católicos – proibir quaisquer manifestações externas (o culto) de outras religiões e impor aos portugueses o dever (de facto incontrolável ...) de "venerar a religião" (art. 19). Mas, mais do que isso, fá-la: ceder a apreciação dos abusos da liberdade de imprensa em matérias religiosas à censura episcopal (art. 8)[185]; fazer celebrar uma missa do Espírito Santo, seguida de sermão do pároco, no início dos trabalhos das assembleias eleitorais (art. 53), bem como um solene *Te Deum* no termo do acto eleitoral (art. 70); incluir no juramento (sobre os Evangelhos) do rei e dos deputados eleitos e dos Conselheiros de Estado, antes de qualquer outro, o compromisso de "manter a Religião Católica Apostólica Romana" (arts. 78, 126 e 166); a incluir na titulação régia uma perturbante referência

[185] A atribuição aos párocos de certas competências políticas (algumas muito relevantes, como a inscrição dos eleitores no recenseamento eleitoral, art. 43; ou a reunião as assembleias eleitorais nas igrejas, art. 246), parece que se explica exclusivamente por razões de oportunidade prática. Já a necessária presença do pároco no acto eleitoral (arts 48 e 49) pode ter outro sentido, mas profundo, dando ao acto um carácter quasi-sacramental.

à dupla origem e legitimidade do poder real[186], bem como incluir no tratamento real a fórmula "Majestade Fidelíssima", embora o facto de o rei (ou presuntivo rei) não ser católico não esteja expressamente incluído nos impedimentos de acesso ao trono (como está o facto de ser estrangeiro[187]).

Claro que o Estado também ganhava algo com este conúbio, nomeadamente enquanto ele lhe permitia manter o poder de padroado, apresentando os bispos e os restantes benefícios eclesiásticos (art. 123, V), e o privilégio do beneplácito régio, concedendo ou negando eficácia no reino a quaisquer decretos conciliares, cartas papais ou constituições eclesiásticas (art. 123, XII).

8.6.2. *A magistratura*

O outro limite à soberania era a autonomia da magistratura.

Se abrirmos a Constituição de 1822, constataremos – decerto com uma surpresa tanto maior quanto mais tivéssemos dela uma visão "jacobina" – que não há lá nenhum artigo que obrigue formalmente os juízes a obedecerem à lei[188]; sendo todavia certo que, dos corpos sociais que os

[186] "Dom F... por graça de Deus e pela Constituição da monarquia, Rei..." (art. 113). Esta referência à graça de Deus como co-operante na origem do poder real é dificilmente compatível com o estabelecimento (e não apenas reconhecimento), pela mesma Constituição, de que a dinastia reinante era a da Casa de Bragança (art. 31); para além de ser totalmente incoerente com o estatuto constitucional do rei nesta Constituição de 1822, nomeadamente com o seu art. 121: "a autoridade do rei provém da Nação e é indivisível e inalienável". V., no mesmo sentido, a crítica de Silvestre Pinheiro Ferreira (Breves observações [...], cit., 1822, 17): "Não se achando os monarcas colocados no alto emprego que ocupam por efeito de duma graça mais especial da divindade do que qualquer outro funcionário público, não achamos razão para se conservar no regime constitucional esta cláusula do absolutismo. No antigo sistema ela significava que não era pela vontade da. nação, mas só por uma especial determinação da divindade, e dela imediatamente, que os monarcas haviam recebido o seu poder. Mas em uma constituição que assenta no principio da soberania do povo aquela frase ou é absurda, ou absolutamente ociosa".

[187] Cf. arts. 141 ss.; em todo o caso, o rei tinha que efectuar um juramento sobre os Evangelhos.

[188] Com excepção da obediência à lei processual (art. 198) ou às disposições constitucionais sobre a prisão dos delinquentes (art. 210). Sobre a relação entre juízes e leis, no constitucionalismo espanhol, "La legitimación del sistema. Legisladores, jueces y juristas en España (1810-1870 c. A.)" (I) (e II), *Historia Constitucional. Revista Electrónica de Historia Constitucional (Electronic Journal of Constitutional History)*, 4(2003) e 5(2004), [http://hc.rediris.es, 2.08.2004].

revolucionários tinham atacado, a magistratura fora, seguramente, um dos mais duramente fustigados[189]. Os juízes são puníveis pelos "erros", mas nunca se diz que esses erros equivalham ao desrespeito da Constituição ou das leis. Pelo contrário, o que é recorrentemente sublinhado é a sua independência em relação aos outros poderes políticos[190], concretizada numa série de prerrogativas, relativas ao provimento, carreira e inamovibilidade[191].

Uma explicação parece óbvia: não havia ainda leis que permitissem uma jurisprudência meramente aplicativa da lei. A própria Constituição se referia a essa "falta de códigos"[192], sendo conhecido o empenhamento das Cortes em fomentar o aparecimento de projectos dos principais[193]. Entretanto, continuava em vigor a *Lei da Boa Razão* (cf. *supra*, 4.1) que, como se sabe, embora reafirmasse o primado da lei pátria, abria um largo campo à aplicação de direito não legislativo, desde o direito romano com uso moderno até à legislação dos países mais cultos e civilizados. Daí que a constituição não pudesse forçar os juízes a obedecer a uma lei que não existia, tendo que lhes deixar um vastíssimo campo de livre apreciação. Como único limite, teriam o dever genérico que decorria para todo o funcionário do juramento de "observar a Constituição e as leis; ser fiéis ao Governo; e bem cumprir suas obrigações" (art. 13)[194]. O que deixaria um juiz na situação de ter que ser, ao mesmo tempo, garante da Constituição e das leis e fiel ao Governo; situação que só não seria incómoda se, como a teoria pressupunha, os governos se limitassem a executar a Constituição e as leis.

Mas esta ambígua situação dos juízes em relação às leis revela como o sistema constitucional português permitia o reconhecimento de um controlo judicial da jurisdicidade dos actos poder – mesmo constitucionais ou legislativos –, semelhante ao que já vinha do direito de Antigo Regime.

---

[189] Muito elucidativo, apesar de breve, Nuno Espinosa Gomes da Silva, *Lições ...*, 545 ss..

[190] "O poder judicial pertence exclusivamente aos Juízes. Nem as Cortes nem o Rei o poderão exercitar em caso algum. Não podem portanto evocar causas pendentes; mandar abrir as findas; nem dispensar nas formas do processo prescritas pela lei" (art. 176).

[191] Art. 183 (perpetuidade dos juízes letrados"; art. 184 (inamovibilidade); arts. 185 e 186 (regras de transferência e de promoção).

[192] Cf. art. 183.

[193] Cf. Nuno E. Gomes da Silva, *Lições ...*, 416 ss..

[194] Pode ainda referir-se, nesta inventariação dos vínculos dos juízes à lei, o recurso de revista, mantido no art. 191 da Constituição, como uma espécie de cassação de sentenças "nulas [por ilegalidade] ou injustas".

8.6.3. *Uma constituição fora da constituição: o sistema de fontes do direito, o elenco dos direitos civis e as prerrogativas jurídicas do Estado*

Esta situação especial do poder judicial constitui uma continuidade em relação ao sistema constitucional de Antigo Regime, em que os juízes, actuando num plano supra legal, averiguavam da jurisdicidade dos actos do poder, incluindo os actos legislativos[195]. A constituição de Antigo Regime supunha, de facto, a existência de uma ordem jurídica "aberta para cima", dependente de esferas de direito situadas nos planos do direito divino e do direito natural e limitada pelos direitos adquiridos, incorporados na esfera jurídica de cada um.

No período liberal, esta prerrogativa judicial de declarar autonomamente o direito – mesmo para além da ordem constitucional ou mesmo contra ela – não desaparece. Nem na teoria nem, muito provavelmente [196], na prática.

Em primeiro lugar, a Constituição não definia as fontes de direito, deixando esta atribuição livre nas mãos dos juízes.

De facto, em Portugal, o conglomerado de ordens normativas que constituíam o direito estava definido na *Lei da Boa Razão*, de 18.8.1769. Porém, como esta era imprecisa na identificação concreta das fontes direito (cf. *supra*, n. 18)[197], a definição destas era feita quase livremente pelos juízes. É certo que isso só acontecia no caso de não haver lei do reino; mas, justamente, a situação do reino era a de que, ou não havia mesmo lei pátria alguma e tudo sempre se tinha resolvido pelo direito subsidiário (*ius commune*, de natureza doutrinal, incorporando o direito

---

[195] V., acertada e longamente, Maria da Glória F. P. D. Garcia, *Da justiça administrativa [...]*, *maxime* 339 ss..

[196] Embora falte a prova empírica num ou noutro sentido.

[197] Veja-se como descrevia um jurista famoso o sistema de fontes de direito, na sequência da Lei da Boa razão (que devia ser interpretada em consonância com os Estatutos da universidade de 1772): "Na falta das Leis Pátrias, e costumes legítimos, servem de norma subsidiária: 1 os primeiros princípios e conclusões próximas do Direito Natural; 2, o costume das Nações civilizadas nas matérias politicas, ou económicas mercantis, Estat[utos da Universidade], liv. 2 tit. 5 cap. 16; 3 o Direito Canónico adoptado pelo uso moderno das Nações civilizadas, quando corrige, ou interpreta legitimamente as Leis Romanas, o mesmo Estat. cap. 3 §. 12, e 14; 4 e em ultimo lugar o Direito Romano, que for compatível com a razão civil e política do Estado, Extrav. de. de 18 de Agosto de 1769, declarada pelos novos Estatutos da Universidade de Coimbra, Curs. Jur. tit. 5, Cap. 2.", Francisco Coelho de s. São Paio, *Prelecções* ..., p. 19/20.

natural, a equidade, etc.), ou a que existia tinha sido revogada pela letra ou pelo espírito da Constituição de 1822. Tudo tendia, então, a ficar – no domínio da constituição jurídica – muito pronunciadamente doutrinário, tornando-se inaplicável em Portugal, como já o reconheciam os juristas do séc. XIX[198], a ideia de uma cultura jurídica exegética[199], pelo menos até 1867, data do último e fundamental grande código, o Código civil[200].

Esta situação – que se mantém durante todo o século XIX[201] – não é, de modo algum, irrelevante no plano da história constitucional. Pelo contrário. Ele significa que um – quase diria, *o* – núcleo fundamental da Constituição, formado pelas normas que definem as fontes de direito, não apenas estava fora da constituição formal como estava também fora do âmbito de regulação estadual[202]. Na verdade, pelo menos até ao Código civil de 1966, o elenco de fontes de direito incluía um reenvio para o direito doutrinal. Primeiro, nos termos da *Lei da Boa Razão* e dos Estatutos Universitários de 1772, para o direito natural e das gentes. Depois, nos termos do art. 16 do Código civil de 1867, para os princípios de direito natural[203-204]. Para se perceber bem a diferença entre Portugal e a França, basta lembrar o conteúdo de um dos artigos da lei de 30 do Ventôse do ano XII [7.2.1804]), que põe em vigor o *Code civil* de 1804: "A compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les

---

198 Cf. A. M. Hespanha, *Cultura jurídica europeia ...*, cit., 274 ss..

199 Sobre esta, no seu chão de origem, Mário Reis Marques, *Codificação e paradigmas da modernidade*, cit., 483 ss.

200 Num sentido semelhante, Mário Reis Marques, *Codificação e paradigmas da modernidade*, cit., 459-461; sobre a reacção num sentido codificador, 50 ss., 506 ss..

201 Idêntico diagnóstico, para o Império Alemão, em M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts [...]*, II, 336 ("O judiciário ocupa um lugar especial. Ele fala, na verdade, em nome do direito do rei, legitimando-se como a vontade do soberano; no entanto as regras de determinação do direito – "uma operação de arte jurídica" – provêm apenas da ciência do direito") (versão ingl., 319).

202 Cf., sobre esta ideia na doutrina jurídica romântica, cf., *infra*, cap. 11.1.1.

203 "Se as questões sobre direitos e obrigações não puderem ser resolvidas nem pelo texto da lei, nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos, previstos em outras leis, regular-se-ão pelos princípios de direito natural, segundo as circunstâncias do caso" (*Cod. Civ.*, art. 16).

204 Já antes, em 1858, o projecto de Código civil (art. 13) prescrevia que "Se as questões sobre direitos e obrigações não puderem ser resolvidas nem pelo texto da lei, nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos, previstos em outras leis, regular-se-ão pelos princípios gerais da equidade, segundo as circunstâncias do caso". Foi a Comissão revisora (*Actas...*, p. 8) quem substituiu equidade por direito natural. Mas, do ponto de vista que nos interessa, a questão não mudou substancialmente de aspecto.

coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent code".

Isto queria dizer que uma parte substancialíssima da ordem constitucional estava, mesmo para o direito do Estado, *fora do Estado*[205]. O embaraço que isto causava era sentido, mesmo pelos beneficiários da situação, os juristas[206]. Mas mais ainda pelo legislador. Que – um pouco como em Espanha com a "doctrina legal" – tenta criar formas de "certificar" esta "constituição implícita"[207].

A preocupação com a fixação da interpretação é detectável na Constituição de 1822, quando incumbe ao Supremo Tribunal de Justiça "propor ao Rei com o seu parecer as dúvidas, que tiver ou lhe forem representadas por quaisquer autoridades, sobre a inteligência de alguma lei, para seguir a conveniente declaração das Cortes" (art. 191, III); ou seja, institucionalizando uma forma mitigada de *référé législatif*. Já a fixação de uma jurisprudência dotada de força cogente é o objectivo da instituição dos "assentos", decisões dos tribunais superiores fixando uma orientação genérica quanto a uma questão de direito, tomadas a partir da apreciação de um caso concreto. Os assentos foram correntes na jurisprudência de Antigo Regime; a *Lei da Boa Razão*, no entanto, restringe a titularidade de proferir assentos à Casa da Suplicação, acabando por estes ser abolidos pelo liberalismo, quer porque a Casa da Suplicação foi extinta, quer por se enquadrarem mal na lógica da separação de poderes. Mas a sua falta disciplinadora era sentida[208]. Com Estado Novo – que não jurava por essa lógica e que procurava garantir um direito seguro e politicamente controlável – os assentos são readmitidos pela Reforma Judiciária de 1926 e, depois, pelos códigos de processo civil de 1939 (arts. 768 ss.) e de processo penal de 1929 (DL 16489, de 15/2/1929, arts. 669 ss.).

---

[205] Cf., adiante, com maior particularização e detalhe, cap. 15.3.

[206] Que, no âmbito das suas leituras estrangeiras, nomeadamente francesas, eram predominantemente legalistas e positivistas (cf. A. M. Hespanha, *Cultura jurídica europeia [...]* ..., 270 ss. e 284 ss.).

[207] Por um lado, promovendo a interpretação autêntica da lei; por outro lado, dando força vinculativa a certas decisões dos tribunais superiores (os "assentos"); cf. António Castanheira Neves, *O instituto dos assentos [...]*, cit. (v. síntese da situação em Fernando Andrade Pires de Lima, *Noções fundamentais de direito civil*, cit., I, 93).

[208] V., por exemplo, sobre a posição de Luís António de Seabra, Nuno Espinosa G. da Silva, *História...*, 558-559.

A ruptura com esta natureza doutrinal e jurisprudencial da ordem jurídica apenas se dá com o Estatuto Judiciário de 1927 (DL 13 809, de 22.6.1927, ao prescrever um regime estrito de vinculação dos juízes à lei: "A magistratura judicial tem por missão julgar em harmonia com as fontes a que, segundo a lei, deva recorrer e fazer executar as suas decisões. Os juízes não podem deixar de aplicar a lei sob pretexto de que ela lhes pareça imoral ou injusta e as suas decisões deverão ter em consideração todos os casos que merecerem o mesmo tratamento, a fim de, tanto quanto possível se obter uma jurisprudência uniforme. O dever de obediência à lei compreende o de respeitar os juízos de valor legais, mesmo quando se trate de resolver hipóteses não previstas nela" (art. 240). Permanecia ainda a incómoda referência do Código civil de 1867 ao "direito natural"[209], a que só *Código civil* de 1966 vem pôr termo[210].

Para além de estar fora da constituição este momento fundamental da ordem jurídica que é a definição da sua própria norma de reconhecimento – o quadro das fontes de direito –, estava ainda fora e acima da constituição *a definição dos direitos civis*[211].

Na verdade, o liberalismo reage desde cedo contra a ideia de colocar a definição dos direitos na disponibilidade de algo tão arbitrário e repentista como o voto das assembleias, constituintes ou legislativas. Os direitos, embora declarados nas leis, radicariam em realidades positivas e duradouras, decantadas pela história, derivando destas os seus preceitos. Assim, e como escrevia o célebre Portalis, as leis não eram "puros actos de poder; mas antes actos de sabedoria, de justiça e de razão"; o legislador exercia "menos uma autoridade do que um sacerdócio" (*ibid.*), não devendo nunca "perder de vista que as leis [...] se devem adaptar ao carácter, aos hábitos, à situação dos povos para que são feitas"[212]. Daí que, por cima dos puros

---

[209] V., sobre uma posição clássica de inutilização desta referência nos quadros de uma concepção legalista, em Fernando A. Pires de Lima, *Noções* ..., I, 1961, 173 s.; em geral, A. M. Hespanha, *Cultura*..., cit., 274 ss..

[210] Embora não seja aqui o lugar para azado discutir a questão, num sistema judicial "aberto", a apreciação dos actos do poder pelos tribunais não pode limitar-se à avaliação da sua conformidade com os "valores corporizados na lei", como já se pretendeu (cf. Maria da Glória Garcia, *Da justiça administrativa* ..., cit., 365). Ainda que se deva admitir que o juiz apenas se encarregue da "defesa de valores para a modelação dos quais a sociedade já contribuiu" (*ibid.*), esta modelação nem sempre terá que ser legislativa, sob pena de se deixar entrar pela janela aquilo que não se deixara entrar pela porta.

[211] Cf. *infra*, 11.2.3.

[212] V. também Jean-Marie Étienne Portalis, "Discours préliminaire du Code Civil",

comandos dos legisladores, mesmo dos constituintes, pairasse, majestoso e lento, o direito prescrito, amadurecido pelo tempo, e finalmente recolhido, pela mão prudente de juristas e magistrados, nesses depósitos de razão jurídica que eram as codificações civis[213]. Em que a razão jurídica nacional, colhida das constantes da história jurídica de um povo, tinha sido fixada, positivada e garantida pelo Estado, sob a forma de lei; servindo, agora também, de baluarte contra as investidas voluntaristas do próprio poder. Ou seja, os direitos naturais tinham-se positivado – através da lei do Estado –, constituindo agora os limites concretos da acção do mesmo Estado[214].

Como escreve M. Fioravanti, "o estadualismo liberal encontra assim no código civil uma expressão normativa de primeira grandeza; graças ao código, o liberalismo europeu pode finalmente pensar no *direito positivo do Estado* como um direito certo e estável – a célebre certeza do direito – que os juízes aplicam de modo seguro, garantindo aos indivíduos as posições jurídicas subjectivas fixadas na lei. Mas há mais. O valor fundamental da certeza do direito incorporado no código impõe-se, justamente na lógica de fundo do estadualismo liberal, *antes de tudo no confronto com as constituições e as declarações de direitos*, demasiado flutuantes e, portanto, de pouco confiança, demasiado dependentes das *escolhas políticas* que prevaleciam no corpo constituinte"[215]. Em França, tinha sido esta a função do Código civil, no qual a ponderação do direito histórico substituíra a arrogância normativa das assembleias populares do período jacobino. Em Portugal, perante a inexistência de um documento idêntico, tal era o papel da doutrina civilística, em boa parte subsidiária dos modernos códigos europeus, designadamente do próprio *Code civil*, recebido entre nós por força da *Lei da Boa Razão*.

Ao lado do direito civil, também o direito administrativo constituía um elemento constitucional fora da constituição. De facto, era nele que se positivava e fixava – frente aos privados e aos próprios poderes constituintes – o estatuto jurídico do Estado. Nele se "exprimia a autonomia

---

em *Discours et rapports sur le Code civil*, ed. F. Portalis, Paris, 1844, 4; cf. ainda, "Discours de présentation du Code civil", *ibid.*, p. 91 ss..

[213] Sobre este tema, v. M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. I. Le libertà [...]*, 117 ss..

[214] V., adiante, os textos de Ramón Salas sobre a primazia do direito de propriedade sobre as leis, em reacção contra a tese Benthamiana da origem legislativa dos direitos, cap. 15.2.3.3.

[215] M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. I. Le libertà [...]*, 118.

dos aparelhos administrativos públicos, sem os quais, na lógica liberal estadualista, não existiria *nenhum Estado de Direito*, pois a máquina do Estado sujeitar-se-ia então às exigências dos privados ou às escolhas de ordem político-constitucional sucessivamente dominantes"[216]. Neste caso, e na falta de uma codificação administrativa tão precoce, este direito administrativo estava contido, antes de tudo, na ciência europeia do direito público, tal como resulta das obras de Raymond Carré de Malberg (1861-1935), de Georg Jellinek (1851-1911) ou de Vittorio Emanuele Orlando (1850-1952). Também aqui, portanto, uma ordem jurídica material, liberta da variabilidade das opiniões e dos interesses, limitando o arbítrio e voluntarismo do Estado (fosse este encabeçado por um monarca ou por uma assembleia representativa) – fazendo deste um "Estado de Direito" (*Rechtsstaat*) – e, por pairando sobre a constituição formal.

As últimas considerações – basicamente inspiradas no citado texto de Maurizio Fioravanti – têm o interesse de explicarem os fundamentos mais profundos do legalismo oitocentista. Porém, servem também para revelar os limites deste legalismo. A lei não é legítima por traduzir a vontade do poder, seja o do rei ou da maioria de uma assembleia legislativa; ela é relevante e legítima apenas se presumir ser a forma mais autorizada de revelação de uma ordem jurídica subjacente, ligada à natureza da sociedade. O que autorizava os juristas e os juízes a, mantida uma prudente atenção a esta nova *ratio scripta* constitucional, sondarem autonomamente a *razão* que estava por detrás da *escrita*.

8.7. **O sistema de governo. Os poderes**

Uma vez que a liberdade consistia, como vimos, na "exacta observância das leis" (art. 2), a questão da divisão de poderes passa necessariamente para um segundo plano. E, de facto, o tema é tratado nos últimos artigos da parte introdutória da Constituição, a propósito da "forma do governo" (arts. 30 ss.). Como disse, na discussão destes artigos, o porta-voz da Comissão que elaborara o projecto, a divisão de poderes é "uma pura divisão de matérias: somente se dirige a dar melhor ordem ao sistema político da Constituição, e não tem interesse especial. A razão porque se dividiu em quatro poderes, é para compreender melhor toda a esfera dos poderes políticos, e para se tratarem com melhor ordem todas as matérias,

---

[216] *Ibid.*, 120.

que lhe são concernentes [...] se houvermos de atender para a natureza das coisas não há senão o poder que cria a lei, e o poder que a executa"[217].

Era isto: feita a lei e garantida a sua execução geral, estava garantida a liberdade. Daí que, em rigor, apenas devesse haver duas repartições no governo: o legislativo, e o executivo. Este último, eventualmente, dividido no judicial, que "executa as leis aplicando-as aos factos contenciosos", e no executivo (ou administrativo), "que aplica as leis, não às altercações judiciais entre cidadão e cidadão, mas aos casos ocorrentes, em que se trata do interesse da comunidade em geral"[218]. Embora a sua lição não apareça expressamente referida, já Bentham – cuja influência nos meios constitucionalistas portugueses é conhecida[219] – tinha expressado ideias claras sobre o assunto. O que era preciso, era leis bem feitas e escrupulosamente aplicadas por um poder unido, servido por uma burocracia obediente e eficaz. Divisões e contra-poderes – tal como as falaciosas invo-

---

[217] Dep. Moura, *DCGECNP*, p. 1948.

[218] Dep. Moura, *ibid.*, 1948. Há mais intervenções neste sentido, embora abundassem os "sistemas", bem como as definições dos elementos de cada um deles (v. *DCGECNP*, p. 1948 ss.) A questão já fora discutida, das sessões de 20.2.1821 e ss., a propósito do correspondente artigo das *Bases* (art. 23).

[219] A importância da obra de Bentham no ideário da primeira geração liberal é muito grande e precisa de ser bem estudada (cf., em todo o caso, José de Arriaga, A "filosofia portuguesa", 1720-1820, Lisboa, 1980, 162; Maria Helena Carvalho dos Santos, "«A maior felicidade do maior número». Bentham e a Constituição portuguesa de 1822", em *O liberalismo na Península Ibérica na Primeira Metade do Século XIX*, vol. I, Lisboa, 1983, pp. 91-115). Na verdade, ele constitui, não apenas um dos escritores de ruptura com a tradição jusracionalista (individualismo, contrato social), mas ainda um dos suportes (com J.-J. Rousseau) do "republicanismo político"; obras mais importantes: *A fragment on government*, 1776; *An Introduction to the principle of morals and legislation*, 1780; *The laws in general*, 1782 (exposição da teoria política utilitarista e crítica aos "sofismas" contratualistas (direitos naturais, contrato social, representação); *Catechism of parliamentary reform* (ou *Catechism of reformers*), 1809 (nomeadamente, sobre os perigos de acumulação do poder no rei e seus ministros); *Constitutional code*, 1830. A obra de J. Bentham é muito vasta e a sua bibliografia complicada (v. http://www.utm.edu/research/iep/b/bentham.htm); é de supor que, em Portugal, se tenham utilizado resumos, em inglês ou em francês, ou, Mais tarde, as versões francesas da sua obra (v., por exemplo, o que existe de Bentham na Biblioteca Nacional de Lisboa): "Monsieur, si mes craintes sont fondées, ce qui suit en Anglais ne vous sera pas intelligible" escrevia Bentham, em 1820, a José Joaquim de Mona, editor de *El constitucional*" (cf. http://www.ucl.ac.uk/Bentham-Project/corrections/corr2689.htm, 2004.01.02); enquanto que, em carta a José da Silva Carvalho, de 7.11.1821, ele escrevia "Eh bien mon cher, tu l'as voulu me voici à la française" (http://www.ucl.ac.uk/Bentham-Project/corrections/corr2817.htm).

cações de alegados direitos individuais pré-legais ou de direitos fixados pelo contrato social – só podiam emperrar a aplicação daquilo que a ciência da legislação tinha determinado como mais conforme à utilidade comum[220]. E, embora Bentham se tenha ocupado da questão da distinção entre poderes do Estado, considerava que se tratava de um tema meramente académico[221]. Fosse como fosse, para ele era ponto assente que, quanto às questões substanciais de política, o que havia que ter bem nítido era que a legislatura suprema era competente para tudo, tendo como instrumentos imediatos o executivo supremo, composto do administrativo e do judicial, cada qual actuando nas respectivas esferas, e integrados por funcionários escolhidos por proposta de um júri de exame e qualificação[222].

Claro que havia quem achasse que a questão tinha um outro aspecto substancial, nomeadamente o que se relacionava com a garantia que o sistema de controlos e equilíbrios, estabelecido pela separação de poderes, emprestava à defesa dos direitos individuais. Este argumento servia, quer os que temiam o despotismo do executivo, quer os que se alarmavam

---

[220] Para Bentham, a forma ideal de governo seria a de um legislador benevolente, assessorado por um conselheiro sábio e neutro (se possível, estrangeiro), e cegamente servido por uma burocracia obediente e continuamente controlada (Rosenblum, *Bentham's theory of modern State*, Cambridge, Harvard Univ. Press, 1978, 23). De acordo com este modelo, um bom governo poderia existir, em princípio, num regime autocrático. Daí que o jovem Bentham confiasse na possibilidade de uma reforma política pela ilustração política dos governantes. A única dificuldade teórica de um modelo deste género residia em que, como não ser ouvido em matérias de governo que toquem a cada um causa infelicidade, o despotismo era pouco compatível com a maior felicidade para o maior número (James Steintrager , *Bentham*, Ithaca, Cornell Univ. Pres, 1977, 44, 78). Cf. Bentham, Jeremy, *A fragment on government*, ed. J. H. Burns & H. L. A. Hart, introd. Ross Harrington, Cambridge U.P., 1988; sobre o sofisma dos direitos naturais, J. Bentham, *Principes de législation*, in *Oeuvres* [trad. Franc.], Bruxelles, 1840, I, 11 ss.; sobre Bentham politólogo, James Steintrager , *Bentham*, Ithaca, Cornell Univ. Pres, 1977; Nancy L. Rosenblum, *Bentham's theory of modern State*, Cambridge, Harvard U. P, 1978.

[221] "Analisar e enumerar todos os poderes políticos possíveis, é um trabalho metafísico da mais alta dificuldade, mas da maior importância, 327 [...] Podemos realizar esta decomposição de duas maneiras: 1.ª considerando o fim ao qual eles são dirigidos [...]; 2.ª considerando as diversas maneiras que podem ser utilizadas para atingir estes fins", 328, cap. "Des pouvoirs politiques élémentaires", em *Vue générale d'un corps complet de législation* (publ. na ed. francesa das suas *Oeuvres*, I, Bruxelles, Société Belge de Librairie, 1840, 283 ss.). Parece que a única distinção a que reportava um valor substancial era a que distinguia o legislativo do executivo.

[222] J. Steintrager, *Bentham*, Ithaca, Cornell Univ. Pres, 1977, 98-100.



perante o possível despotismo do legislativo. Porém, como observou Manuel Fernandes Tomás[223], a solução que garantia a liberdade não era esta da divisão de poderes, mas a da instituição de um sistema eficaz de controlo judicial do cumprimento das disposições constitucionais e legais acerca das atribuições dos vários poderes e das formalidades do seu exercício, bem como de responsabilização dos prevaricadores. A independência de poderes – que, só por si, não significava nada – ainda podia ter a desvantagem de criar a confusão e a anarquia que resultava da sua coexistência e independência mútua[224]. "O poder, para ser efectivo, deve estar unido; e porque desta união resulta na prática que se seguem males, a experiência mostrou que era preciso fazer esta divisão [em três poderes]; mas mais divisões, não!". Já responsabilização judicial dos poderes, isso sim, garantiria a liberdade[225].

---

[223] *DCGECNP*, pp. 1952-1953.

[224] Para evitar isto, havia quem, na esteira de Benjamin Constant, quisesse já antecipar aquilo que viria a aparecer na *Carta constitucional* de 1826 como "poder moderador", ou seja, um poder, superior e neutral, que coordenasse os restantes, a que se chamaria "poder real" (Bastos, *DCGECNP*, 1948, que se abona no Conde Clermont Tonerre, por sua vez citado põe B. Constant no *Cours de droit public*); também Ramón Salas, muito lido em Portugal por esta altura, aceita a existência de um poder, neutro, de coordenação e harmonização dos outros.

[225] Dada a sua nitidez e exemplaridade de uma certa concepção (republicana, unitária, como a de Bentham) da organização do poder, a intervenção de Fernandes Tomás merece uma citação mais extensa: "Creio que pela falta de se ter bem definido em que consiste a [in]dependência dos poderes é que se tem insistido muito nesta opinião [de criar um quarto poder, o administrativo, para limitar o poder executivo do rei]. Quando se diz que há três poderes, diz-se, ao mesmo tempo, que todos os três são independentes uns dos outros no exercício das suas atribuições. Quando se diz que o poder judiciário é independente, quer dizer que o Governo não lhe pedirá contas, nem o motivo porque deu esta ou aquela sentença; porque se há-de estabelecer a forma pela qual ele há-de ser perguntado. Mas é preciso acabar com esta ideia (que há-de vir a acabar) de estar sempre perguntando aos Ministros o motivo porque deram esta ou aquela sentença; porque fizeram isto ou aquilo, etc., mas sim há-de haver um tribunal, a quem estes deverão responder, mas não ao Governo executivo; esta coisa de estar a entender todos os dias com os Ministros, isso é por ora, isto há de acabar; os Ministros julgam conforme entendem; e o tribunal a quem se disser que eles respondam, é perante quem eles o devem fazer, e não ao governo executivo. Ao Congresso pertence fazer as leis para se verificar essa responsabilidade, e para se fazer efectiva; mas, depois disso, o Congresso não tem mais nada com a conduta do Magistrado, mas sim o tribunal perante quem ele responder. Por consequência é muito para louvar o que se tem feito, isto é, dos três poderes, e não aparece Constituição nenhuma que tenha admitido mais [...] O que podia trazer na prática males muito maus [...] O poder, para ser efectivo, deve estar unido; e porque desta união resulta na prática que se seguem

8.7.1. *Uma questão prévia – um quarto poder: o poder regional?*

O que estava nas Bases era que existiriam os três poderes tradicionais (art. 23)[226]. Porém, o Projecto propõe a existência de quatro poderes, acrescentando um "poder administrativo".

A alteração é apresentada como doutrinal e constitucionalmente irrelevante e apenas justificada por uma razão de coerência conceitual: assim como havia um poder executivo para as matérias contenciosas (os tribunais), devia haver um outro para as matérias não contenciosas (o administrativo, ou regional)[227]. Quanto mais não fosse para evitar que os preceitos constitucionais relativos à administração aparecessem – como na Constituição de Cadiz – desgarrados, por não caberem na tradicional tripartição dos poderes e deverem, apesar de tudo, ter tratamento constitucional[228].

Mas, realmente, a questão era outra, e de natureza política.

Por um lado, a criação de um quarto poder, concorrente do poder executivo, era mais uma forma de emagrecimento do poder real, como já se deduzia da intervenção antes citada de Fernandes Tomás.

Mas a questão mais quente (e candente na conjuntura) não era essa. Era a da autonomia da administração regional, tornada aguda com as reivindicações autonomistas dos brasileiros.

---

males, a experiência mostrou que era preciso fazer esta divisão; mas mais divisões, não!" (Fernandes Tomás, *DCGECNP*, 1953). Estranhamente, numa intervenção anterior (10.8.1821), o mesmo deputado diz (e repete) que nas *Bases* se estabeleceram quatro poderes (cf. *DCGECNP*, 1849-1850).

[226] "Guardar-se-á na Constituição uma bem determinada divisão dos três Poderes, Legislativo, Executivo, e Judiciário. O Legislativo reside nas Cortes com a dependência da Sanção do Rei, que nunca terá um veto absoluto, mas suspensivo, pelo modo que determinar a Constituição. Essa disposição porém não compreende as Leis feitas nas presentes Cortes, as quais leis não ficarão sujeitas a veto algum. O Poder Executivo está no Rei, e seus Ministros, que o exercem debaixo da autoridade do mesmo Rei. O Poder Judiciário está nos Juízes. Cada um destes Poderes será respectivamente regulado de modo, que nenhum possa arrogar a si as atribuições do outro".

[227] "[...] Entretanto os publicistas que tratam da organização dos governos fazem também do poder judicial um poder separado, e isto só porque executa as leis aplicando-as aos factos contenciosos. E por uma razão de semelhante a semelhante, é que alguns fazem também separar o poder administrativo, que aplica as leis, não às altercações judiciais entre cidadão e cidadão, mas aos casos ocorrentes, em que se trata do interesse da comunidade em geral" (Ferreira de Moura, *DCGECNP*, p. 1948).

[228] Borges Carneiro, *DCGECNP*, p. 1949.

Provavelmente, a Comissão da Constituição ultrapassara o seu mandato (pois a sua proposta violava as *Bases*), com a intenção de assegurar aos brasileiros que os seus órgãos representativos regionais tinham a dignidade e a autonomia de um poder soberano. Acicatado pela discussão, o deputado Ferreira de Moura acabou por descobrir o jogo: "Eu de maneira nenhuma posso convir, nem convirei em que o poder Executivo, que está no Rei, exerça nenhuma função do Poder administrativo. De que modo há-de permitir-se que o Poder executivo, ou Judiciário, se meta na administração de uma província [...] O Poder das Câmaras, e o das Juntas provinciais há-de ser tão independente no exercício das suas atribuições constitucionais, como o Poder dos Juízes"[229]. Outros, pelo contrário, replicavam que "é preciso que haja um centro para se aplicar ao bem geral da Nação, e cada uma das municipalidades deve sempre obrar com as outras"[230].

Porque é que isto era decisivo para o Brasil? Justamente porque, no *Projecto*, Províncias só as havia no Reino e no Brasil (art. 20, I, II), sendo que – embora interessasse também às tradicionais Câmaras municipais – a parte mais substanciosa do Poder Administrativo dizia respeito justamente às Juntas administrativas de província, espécie de pequenos parlamentos regionais, a quem eram cometidas atribuições governativas, económicas, fiscais, caritativas e de controle, de algum relevo. Daí a explícita referência de um deputado a que "se as juntas do Brasil, e se esses eleitos delas forem eleitos como Deputados de Cortes, muito mal hão-de obedecer ao poder Executivo, e a Nação sofrerá muito [...]"[231].

Os autores do Projecto defendem-se, recusando o epíteto de "federalistas" que lhes era lançado e lembrando as raízes antigas e ainda mantidas das liberdades concelhias.

Mas a partida estava perdida. Do ponto de vista teórico, duas dificuldades se punham ao reconhecimento de um poder administrativo autónomo. Por um lado, o pensamento revolucionário concebera a administração como uma actividade estritamente vinculada à lei, sem qualquer margem dessa autonomia ou discricionariedade para que apontava a palavra "poder"[232]. Por outro lado, a distinção entre executar (poder executivo ou

[229] Ferreira de Moura, *DCGECNP*, p. 1950.

[230] Serpa Machado, *DCGECNP*, 1951.

[231] Margiochi, *DCGECNP*, 1951.

[232] O contra-exemplo tido em vista era o dos intendentes e comissários do Estado de Polícia, autorizados a interferirem a actuarem despoticamente, constrangendo as liberdades dos cidadãos. Era neste seu arbítrio que se pensava quando se dispunha, no art. 2.° da Const. De 1822, que "a liberdade consiste em não serem obrigados a fazer o que a lei

poder judicial) e administrar (poder administrativo) era fluida, remetendo apenas para um grau mais político ou mais administrativo, mais nacional ou mais regional e local, de executar as leis[233]. Do ponto de vista institucional, essa antiga liberdade das Câmaras era justamente um dos entraves, que se queria evitar, à soberania nacional[234]. Do ponto de vista conjuntural, qualquer autonomia dada ao governo local queria dizer favorecer o federalismo ou a secessão brasileira[235].

Ao fim e ao cabo, lá se teve que ir para um "remendo" semelhante ao da Constituição de Cadiz. Ou seja, depois de se ter terminado toda a parte referente aos órgãos de soberania, incluiu-se um apêndice – o título VI – em que, formalmente ao mesmo nível dos poderes, se tratou "Do Governo Administrativo e Económico", englobando o relativo aos distritos ("Dos Administradores Gerais e das Juntas de administração") e o relativo aos concelhos ("Das Câmaras")[236]. Quanto às províncias, deixa de se lhes dar qualquer tradução político-administrativa, pelas razões já expostas; embora a verdade seja que, antes, elas também nunca a tinham tido.

Quanto aos distritos – que são como que a continuação político-geográfica das correições ou comarcas – colocam-se sob o governo de um administrador nomeado pelo Rei, ouvido o Conselho de Estado (art. 212), auxiliado no exercício de suas funções por uma Junta administrativa eleita (art. 213), reunindo semestralmente, com voto decisivo em "todos os objectos de pública administração [distrital, como é evidente]", ficando o administrador com as competências executivas (art. 215).

Quanto aos concelhos, segue-se o padrão tradicional: governo por uma vereação eleita (art. 220) pelos vizinhos enraizados (segundo a Cons-

---

não manda, nem a deixar de fazer o que ela não proíbe. A conservação desta liberdade depende da exacta observância das leis". Cf. L. Mannori e B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 225 ss..

[233] Cf., fundamental, para a compreensão dos novos sentidos de "poder administrativo" nesta época, L. Mannori e B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 205 ss..

[234] Cf., sobre a antipatia dos primeiros liberais pela autonomia da adminstração local, L. Mannori e B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 207 ss..

[235] Cf. a intervenção de Ferreira de Moura, veemente, contra o retorno do "despotismo" centralista e recusando o epíteto de federalista, *DCGECNP*, 1951.

[236] Surge neste título um artigo fugitivo sobre direcções-gerais, que devia estar situado junto às disposições relativas à administração pública geral ("Por Direcções Gerais se entendem as que forem criadas pelas Leis para tratarem de objectos privativos de administração; e bem assim quaisquer Direcções administrativas de interesse geral, ordenadas pelo Governo, ainda que o seu objecto ou plano seja limitado a um só distrito", art. 216), no título IV.

tituição, com mais de dois anos de residência no local, art. 222). Também as suas atribuições são as tradicionais (art. 223).

Desde logo, "fazer posturas ou leis municipais". O *Projecto* acrescentava que estas "antes de execução serão submetidas à aprovação da junta provincial" (art. 200, X); como desapareceram tais juntas, desapareceu também tal aprovação, pelo que as câmaras ficaram com um poder apenas teoricamente limitado pela Constituição e que era a continuação das suas antigas liberdades de governo económico. Basta dar uma olhadela pelas resoluções do Conselho de Estado, ou pelas fontes em que se descreve o poder normativo das câmaras, para nos darmos conta de que por aqui entrava o que de mais inconstitucional existia, desde a restauração de impostos abolidos, até todos os entraves à liberdade de indústria, de propriedade, de circulação, etc., próprios da antiga regulação municipal e corporativa[237].

Outras atribuições[238] convidavam justamente a estas ousadias. De facto cabia às câmaras: (i) a promoção da agricultura, o comércio, a indústria, a saúde pública, e geralmente todas as comodidades do concelho; (ii) o estabelecimento de feiras e mercados; (iii) o cuidado da educação e da assistência; (iv) a (politicamente importantíssima) repartição da contribuição directa pelos moradores do Concelho (cf. art. 228), bem como a fiscalização da cobrança dos rendimentos nacionais[239]; (v) cobrar e gerir os rendimentos ordinários e extraordinários ("fintas") do Concelho, e bem assim as fintas. Em todo o caso, não se comete às Câmaras, como estava proposto no *Projecto* (art. 200, V), fazer o recrutamento militar e prover sobre aboletamento de tropas.

Em suma. Realmente, algo de muito parecido com um quarto poder existia na Constituição de 1822. Não ao nível, politicamente demasiado visível, de uma descentralização "federal". Mas ao nível discreto de uma larga autonomia distrital e concelhia. A primeira consubstanciada no carácter decisório de mini-parlamentos regionais, apoiados na autoridade executiva de um alto magistrado, nomeado directamente pelo rei, com

[237] E, na verdade, é só em 1911, que a Constituição estabelece formalmente um sistema de modificação ou anulação, por uma justiça contenciosa especial, das deliberações dos corpos administrativos "quando forem ofensivos das leis ou dos regulamentos de ordem geral" (art. 66). Cf. Maria da Glória Garcia, *Da justiça administrativa* ..... cit., 360 s., 379 ss..

[238] Cf. restantes alíneas do art. 223.

[239] Embora se lhes tenha retirado a competência para interferir na venda dos bens nacionais, prevista no *Projecto* (art. 200, VII).

audição do Conselho de Estado. Mas, na prática, mais decisiva era ainda a autonomia municipal, pelas atribuições constitucionais que lhe correspondem mas, sobretudo, pela carga tradicional que lhe subjazia.

Quanto aos restantes poderes, nada que não seja muito conhecido.

8.7.2. *Legislativo*

O legislativo era constituído por uma única câmara, eleita de acordo com o sistema eleitoral já descrito (arts. 32 ss.). As legislaturas eram de dois anos (art. 41), tendo a sua primeira reunião a 1.12 (art. 80), normalmente com a presença do rei que faria um discurso a que o Presidente responderia, e durando a sessão três meses (art. 83). Cada deputado representava toda a Nação (art. 94). Eram invioláveis pelas opiniões expendidas (art. 96). Recebiam um subsídio fixado pelas cortes, bem como o pagamento das viagens de vinda e volta (art. 98); ficavam inibidos do exercício dos seus cargos públicos ou eclesiásticos, não podendo solicitar aceitar qualquer pensão ou condecoração.

As atribuições essenciais do legislativo eram: a iniciativa, discussão e votação das leis[240], sua interpretação e revogação; o controlo da observância da Constituição e das leis; a promoção do bem geral da Nação; a fixação anual dos efectivos militares; a fixação anual dos impostos e as despesas públicas[241]; a autorização para contrair empréstimos e o prover sobre o pagamento da dívida pública; a regulação da administração dos bens nacionais; a criação e supressão de empregos públicos, bem como a fixação dos respectivos ordenados; a avaliação da responsabilidade (política, criminal e cível) dos secretários de Estado e demais funcionários (arts. 102 e 103 e ss.).

A simples leitura desta lista, leva-nos às seguintes conclusões:

Não fora o exíguo prazo das sessões, as Cortes tinham vastíssimas atribuições: legislativas, militares, financeiras e mesmo – mau grado o princípio da separação de poderes – de governo. Na verdade, a promoção do "bem da Nação portuguesa" autorizava-as à tomada de uma série de medidas de natureza governativa, mesmo para além da administração dos bens nacionais e da criação e supressão de empregos; e foi isso, de facto, o que aconteceu, durante a vigência da Constituição.

---

240 E seu envio para sanção real (arts. 108 ss.).

241 As normas constitucionais sobre administração financeira são tratadas, fora de sítio, no título VI, juntamente com o governo administrativo e económico regional.

Também a outorga às cortes da verificação da responsabilidade ministerial e dos funcionários queria dizer que se lhe outorgavam funções que, aliás, deviam competir ao poder judiciário.

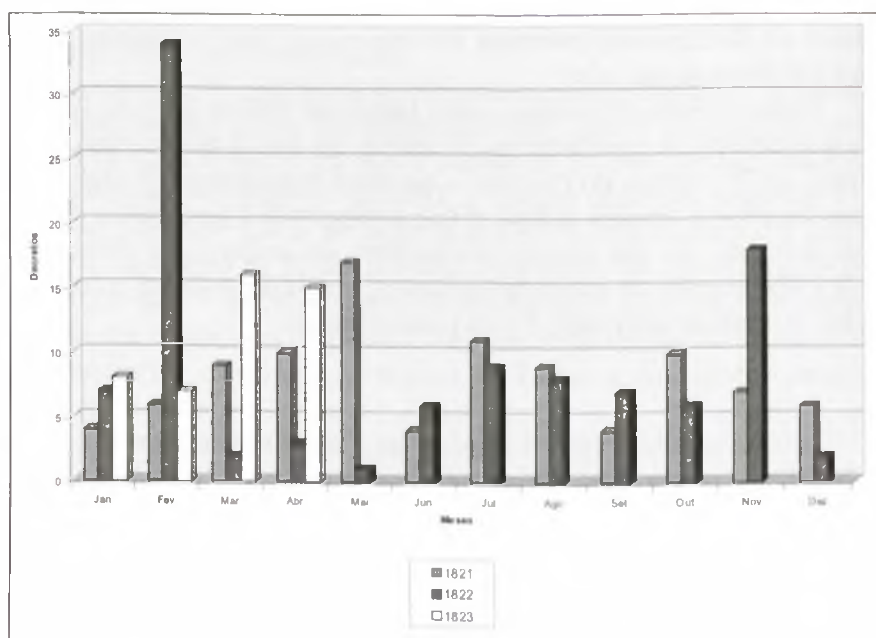
Pode dizer-se, em contrapartida, que os seus poderes estavam, de facto, limitados pelo escasso tempo da sua efectiva reunião (três meses, excepcionalmente prorrogáveis por mais um), bem como pela curta duração das legislaturas[242]. Uma estatística dos actos legislativos das cortes – sobretudo tendo em conta que, durante mais de um ano, estiveram ocupadas em funções constituintes – prova que elas tiveram, apesar de tudo, uma extraordinária operatividade no período vintista. Na verdade, nessa altura, tudo era urgente, porque quase tudo estava dependente de leis novas, ou porque as antigas estavam desactualizadas, ou porque sobre elas impendia o desfavor de uma opinião pública que as ligava ao "despotismo". Mas, além disso, era, de facto, uma elite que ali tinha assento, elite vinda da magistratura e da advocacia, do corpo técnico do exército, da Academia, e que passara anos a reflectir em reformas para o país. Para além de que, de França ou de Espanha, poderiam ser importados muitos materiais úteis para a elaboração das leis.

Nesse período que medeia entre Janeiro de 1821 e Abril de 1823 – em que também se discutiram os 37 artigos das *Bases* da Constituição e, depois, os 217 artigos do *Projecto* –, as cortes produziram 329 diplomas, entre decretos e simples ordens, o que corresponde a uma média de um cada dois dias. No que respeito aos decretos das cortes – que correspondem a documentos de natureza legislativa, por vezes extensos e complicados, o perfil de actividade é o da tabela seguinte.

[242] A intermitência do legislativo fora proposta por John Locke (*Second treatise on civil government*, chs. 11 e 12) como um modo de evitar uma excessiva preponderância deste. A Constituição de 1822 instituía, no entanto, uma deputação permanente das Cortes, v. art.117 ss.. O mais importante dos seus poderes era o de "vigiar sobre a observância da Constituição e das Leis, para instruir as cortes futuras das infracções que houver notado; havendo do Governo as informações que julgar necessárias para esse fim". O que significa constituir um governo-sombra, ao lado do governo efectivo.

Decretos das Cortes Gerais (1821-1823)[243]

	1821	1822	1823
Jan	4	7	8
Fev	**6**	**34**	7
Mar	**9**	**2**	16
Abr	**10**	**3**	15
Mai	**17**	**1**	
Jun	**4**	**6**	
Jul	**11**	**9**	
Ago	**9**	**8**	
Set	**4**	**7**	
Out	**10**	**6**	
Nov	**7**	18	
Dez	**6**	2	



Note-se que a combinação do exclusivo legislativo das cortes com o curtíssimo período das suas sessões foi uma característica permanente do constitucionalismo monárquico. Demasiado permanente para ser pura coincidência.

243 A negro, os valores dos meses em que a Constituição esteve em discussão.

8.7.3. *Executivo*

O poder executivo residia no rei[244] e tinha como atribuições gerais "fazer executar as leis; expedir os decretos, instruções e regulamentos adequados a esse fim e prover tudo o que for concernente à segurança interna a externa do Estado, na forma da Constituição" (art. 122). Esta fórmula geral englobava uma série de atribuições particulares, especificadas no artigo seguinte, das quais se destacam, pela sua importância: (i) sancionar e promulgar as leis (cf. arts. 110 e 113)[245]; (ii) nomear e demitir livremente os Secretários de Estado; (iii) nomear os magistrados, embaixadores e demais magistrados não electivos, nos termos da lei; (iv) exercer os direitos de padroado; (v) nomear, com algumas restrições, os comandantes da força armada de terra e mar, e empregá-la como entender que melhor convém ao serviço público; (vi) dirigir a política externa, incluindo a celebração de tratados e a declaração de guerra[246]; (vii) exercer certos actos de graça, como concessão de cartas de naturalização, de certos privilégios, de títulos, honras e distinções em recompensa de serviços, na conformidade das leis, perdoar penas, conceder o beneplácito régio; (viii) declarar a guerra e fazer a paz; dando às Cortes conta dos motivos que para isso teve; (ix) organizar e gerir o orçamento[247]. Enfim, as atribuições correntes de governo e administração.

No exercício do poder executivo, o rei era auxiliado por seis secretários (Reino, da Justiça, da Fazenda, da Guerra, da Marinha e Estrangeiros) [248]. Assim como era aconselhado, por vezes obrigatoriamente, por um Conselho de Estado[249].

---

[244] Sobre a delegação do poder executivo no Brasil, cf. arts. 128 ss..

[245] Realmente, dificilmente se pode enquadrar conceitualmente esta atribuição no poder "executivo"; mas adiante veremos como esta inclusão tem importantes efeitos jurídicos.

[246] Nestes casos mais extremos, com a autorização das cortes ou, pelo menos, comunicando-lhes os motivos.

[247] Como já se disse, as normas constitucionais sobre administração financeira são tratadas, deslocadamente, no título VI, juntamente com o governo administrativo e económico regional.

[248] Art. 157.

[249] Arts. 162-170.

8.7.3.1. *Inviolabilidade e referenda*

Em virtude dos compromissos com o princípio do carácter sagrado da pessoa do soberano, que vinha do Antigo Regime, o rei era, no exercício do poder executivo, inviolável e irresponsável[250]. Ou seja, não podia ser responsabilizado pelos actos praticados, mesmo se em contravenção com a Constituição e com as leis[251]. Estes eram, em si mesmos, certamente nulos ou anuláveis por contrariarem a lei (neste caso, a Constituição), mas o seu autor não era responsabilizado pela sua prática. Daí a necessidade de estabelecer a obrigatoriedade de referenda dos actos reais por um dos secretários.

A referenda tinha, assim, um triplo papel constitucional. Por um lado, obrigava o rei a colher a assinatura do ministro competente para validar os seus actos, sem os quais estes não obrigariam[252], o que não deixava de constituir uma limitação do poder executivo, sobretudo se se levasse a sério a possibilidade de responsabilização política e criminal do ministro envolvido. Por outro lado, permitia manter o princípio da irresponsabilidade pessoal do rei[253]. Por fim, gerava uma responsabilidade ministerial – da qual os ministros não se podiam eximir invocando a ordem do rei (art. 159) – que era a prova do carácter normativo, e não apenas programático, da Constituição[254].

A Constituição enumerava os casos em que os secretários de Estado incorriam neste especial tipo de responsabilidade política, relacionada com o exercício dos seus cargos, e que seria avaliada pelas cortes: falta de observância das leis; abuso do poder; atentado à a liberdade, segurança, ou propriedade dos cidadãos; dissipação ou mau uso dos bens públicos (art. 159). A avaliação desta responsabilidade estava a cargo das cortes, devendo ser regulada por uma lei especial.

---

[250] Sobre os limites a deste compromisso sobre a irresponsabilidade do rei, nos regimes constitucionais que reconheciam a soberania da Nação, v. Silvestre Pinheiro Ferreira, *Breves Observações sobre a Constituição [... de 1822]*, cit., 25.

[251] A não ser que a própria Constituição cominasse uma sanção para certos actos seus, como acontece no art. 125, n. 2.

[252] "Todos os decretos ou outras determinações do Rei, Regente ou Regência, de qualquer natureza que sejam, serão assinadas pelo respectivo Secretário de Estado, e sem isso não se lhes dará cumprimento" (art. 161).

[253] V., neste sentido, Silvestre Pinheiro Ferreira, *Breves Observações sobre a Constituição [... de 1822]*, cit., 25-26.

[254] A qual, se não podia ser ofendido pela mera expressão de opiniões (por isso os deputados eram invioláveis e irresponsáveis, cf. art. 96), podia sê-lo por actos executivos (definitivos e executórios, ou seja, com efeitos extremos).

8.7.4. *O poder judicial*

O poder judicial estava na mira dos revolucionários. Não apenas porque alguns deles viam nos tribunais a suprema garantia de todo o sistema constitucional, como antes se viu, mas, sobretudo, porque as queixas contra os tribunais eram muitas, quer as induzidas pela leitura de ferozes críticos dos juízes e dos juristas, como J. Bentham, quer as que decorriam do carácter pouco edificante da imagem comum acerca dos tribunais e do mundo do direito, em geral[255].

A Constituição revela, nesta matéria, uma tensão entre dois pólos.

Por um lado, o de garantir a independência dos tribunais, que corresponde à tal primeira ideia do seu papel nodal na defesa do sistema constitucional. Daí que se estabeleça que "o poder judicial pertence exclusivamente aos Juízes" (art. 176), não podendo ser usurpado ou avocado, nem pelas cortes, nem pelo rei. Que se rodeie os juízes nomeados de garantias de inamovibilidade e de objectividade no acesso e promoção (arts. 182 ss.). Que se criem vias de recurso das decisões dos juízes de primeira instância para Relações regionais (art. 190 ss.). Já quanto à submissão de todos os litígios à jurisdição comum, evitando tribunais especiais e jurisdições comissárias, não se pode dizer que se vá muito longe. Pois, se se afirma, logo inicialmente, que o poder judicial é exclusivo dos juízes, não se deixa de multiplicar referências a jurisdições especiais a criar[256].

Mas, por outro lado, a Constituição coloca os juízes e oficiais de justiça sob estrita vigilância, quanto a abusos e prevaricações, o que corresponde à imagem popular de uma justiça arbitrária, corrupta e corporativa. Assim, o art. 196 dispõe que "Todos os magistrados e oficiais da justiça

---

[255] Cf., sobre o tema da magistratura nos finais do Antigo Regime e no primeiro constitucionalismo, António Pedro Barbas Homem, *Judex perfectus [...]*, cit., 573 ss..

[256] Desde logo, e com enorme ênfase, a relativa aos abusos da liberdade de imprensa. Como mais tarde referiu Silvestre Pinheiro Ferreira (*Breves observações sobre a Constituição Politica da Monarchia Portugueza [... 1822]*, 9), "A liberdade de manifestar os pensamentos não precisa mais de um tribunal especial do que a liberdade da indústria, ou qualquer outro ramo da liberdade individual". Ou em matéria de responsabilidade ministerial (cf., no mesmo sentido de que a sua efectivação há-de caber aos tribunais comuns, por iniciativa do titular dos interesses ofendidos, Silvestre Pinheiro Ferreira, *Breves Observações sobre a Constituição [... de 1822]*, cit., 29: "a parte lesada, ou o ministério publico expendem perante o poder judicial os capítulos de acusação, e os juízes devem decidir se com efeito houve ou não ofensa da liberdade, segurança ou propriedade").

serão responsáveis pelos abusos de poder e pelos erros que cometerem no exercício dos seus empregos [...] Qualquer cidadão, ainda que não seja nisso particularmente interessado, poderá acusá-los por suborno, peita, ou conluio [...]"; enquanto que o art. 198 determinava que, nos casos provados, a Relação os repreendesse, os condenasse em penas pecuniárias ou lhes abrisse um processo crime. Cautelas ainda maiores existiam no domínio da justiça penal e, nomeadamente, da prisão (arts. 204 ss.).

Medidas suplementares visavam aumentar a confiança popular na justiça. Uma delas era o júri eleito[257], julgando sobre a matéria de facto, previsto, tanto para as causas criminais – expressa e especialmente referida é a sua intervenção no julgamento dos delitos de abuso da liberdade de imprensa –, como para as cíveis. Outra magistratura eleita era a dos "juízes electivos", existentes nas circunscrições menores, para julgamento de causas de pequeno valor (arts. 180 ss.). Finalmente, promovia-se a justiça compromissória, com a designação pelas partes de árbitros ou de juízes de conciliação (arts. 194 ss.).

8.7.5. *O "controlo da constitucionalidade" e a responsabilidade ministerial*

Ao não falar do controlo jurisdicional da constitucionalidade, a *Constituição de 1822* não pressupunha que ele não existisse[258]. Pelo con-

---

[257] Sobre a forma da eleição, cf. art. 178.

[258] Sobre o tema do controlo judicial de constitucionalidade das leis – que a Constituição de 1911 torna expressa pela primeira vez (no direito português e no direito europeu) (art. 63) – v., salientando a continuidade do princípio consagrado em 1911 com o direito anterior desde o Antigo Regime, Maria da Glória Garcia, *Da justiça administrativa* ..., cit., 193 ss. (Antigo Regime) e 351 ss. (constitucionalismo, inspirando-se muito em João Maria Tello de Magalhães Collaço, *Ensaio sobre a inconstitucionalidade das leis no direito português*, Coimbra, 1915); revisão da questão em Vasco Rodrigo Duarte de Almeida, *Traços da fiscalização da constitucionalidade no direito constitucional português*, 1822-1982, Lisboa, 1990. Relatório de mestrado em direito constitucional. Faculdade de Direito, Univ. Lisboa. Já antes de 1911, se tentara incluir o controlo constitucional no *texto* da Carta, pela projectada reforma da Carta de 14.3.1900 (art. 10, considerado como inovador apenas na letra, mas não no espírito do sistema; cf. João Tello de Magalhães Collaço, *Ensaio [...]*, cit., 60 ss.). Sobre o controlo judicial como limite do poder nas constituições de Antigo Regime, v. A. M. Hespanha, "Qu'est-ce que la constitution [...]", cit.: texto que sintetiza opiniões expressas desde 1982 (cf. *Historia das instituições. Épocas medieval e moderna*, Coimbra, 1982, p. 316 ss.; *Las vísperas del Levia-*

trário, assumia que ele se mantinha, embora sob a forma do modelo de controlo da jurisdicidade dos actos de poder de Antigo Regime[259].

Importa salientar, desde o início, que, embora cumprindo eventualmente uma função estruturalmente semelhante, não se pode – sem grande risco de grandes equívocos – usar a expressão controlo da constitucionalidade (ou justiça constitucional) para referir o sistema antigo de controlo da conformidade das leis (e restantes actos do poder) com o direito A expressão "controlo da constitucionalidade" está demasiado sobrecarregada de sentidos, na dogmática jurídica do séc. XX, podendo conduzir a uma reinterpretação falseadora do sistema de garantias do direito e dos direitos em vigor antes das Revoluções. Daí quer se prefira, para descrever este último modelo a expressão "controlo da jurisdicidade".

A questão da contenção do poder «central», no sistema político do Antigo Regime, estava resolvida naturalmente, pela própria natureza particularista (ou corporativa) do sistema. Na verdade, existência de múltiplos poderes políticos periféricos e o entendimento da função real como a salvaguarda do equilíbrio entre eles constituíam uma garantia natural ou constitucional do respeito das esferas jurídico-políticas particulares («estatutos», «privilégios») em que os indivíduos estavam inseridos.

Condição para que este sistema de garantias funcionasse era, no entanto, que os indivíduos estivessem inseridos num estatuto privilegiado, pois os direitos oponíveis ao poder não eram, em princípio, direitos individuais, mas direitos corporativos.

Uma vez concedidos, os privilégios corporativos adquiriam, em geral, a natureza de direitos adquiridos (*iura quaesita*), da mesma natureza, com a mesma resistência e gozando dos mesmos meios de protecção dos direitos adquiridos dos particulares (*maxime*, dos direitos sobre as coisas *in patrimonio*).

Assim, e no fim de contas, os direitos oponíveis ao poder, tanto os que estavam na titularidade dos «corpos» como os que eram detidos pelos indivíduos, estavam protegidos – contra os particulares ou contra o poder «central»- com o mesmo tipo de mecanismos jurídicos. Neste plano, como em alguns outros, não existia a noção de uma especial natureza do Estado

---

than. Instituciones y poder politico (Portugal, siglo XVII), Madrid, Taurus, 1989, p. 392 ss.; "O indivíduo face ao poder. Portugal. Sécs. XVI-XVII", em *L'individu face au pouvoir*, Bruxelles, Société Jean Bodin, 1989, 131-151). Sobre o tema da inconstitucionalidade na *Carta Constitucional*, cf. *infra*, cap. 11.4.6.

[259] A. M. Hespanha, "O indivíduo face ao poder [...]", cit.; ou *História de Portugal Moderno. Político e institucional*, Lisboa, Univ. Aberta, 280 ss.; *As vésperas* ..., 485 ss..

que impedisse que contra ele fossem utilizados os meios de defesa normalmente usados contra privados. Preventivamente, estavam protegidos, desde logo, pelo controlo de jurisdicidade dos actos do poder, a cargo do Chanceler-mor, que podia, no caso de encontrar ofensa do direito (nomeadamente, por violação de privilégios ou direitos particulares), "pôr glosas" (ou seja, observações) ao texto da providência, remetendo-a de novo ao rei, para reconsideração, algo parecido ao direito dos parlamentos franceses de recusar o registo das ordens régias. Depois, já por iniciativa dos interessados, havia a possibilidade de embargar os actos do poder (e mesmo de deduzir contra eles interditos possessórios), semelhantes aos que acautelavam provisoriamente qualquer intromissão grosseiramente ilegítima ou ilegal de terceiros (*Ordenações Filipinas*, II, p. 44). Restitutivamente, estavam protegidos por agravos, movidos perante as justiças ordinárias, por vezes com efeitos suspensivos[260].

Quanto às pretensões dos particulares não incluídas na esfera dos direitos adquiridos, o sistema de garantias do Antigo Regime não lhes conferia outra protecção que não fosse a súplica dirigida ao monarca.

A estrutura de garantias do sistema político do Antigo Regime pode, assim, ser caracterizada por dois traços: pelo facto de se fundar no privilégio e pela indistinção entre direitos privados e direitos políticos, ou, de uma forma mais expressiva, pela absorção dos direitos políticos pelos direitos privados. Este contexto teórico-dogmático (mais do que as «ideias políticas» do autor) explica por que é que Pascoal de Melo, ao tratar dos direitos dos súbditos em relação ao soberano[261], os define como «os privilégios e isenções que são concedidos a indivíduos particulares» e neles inclui apenas, ao lado da pretensão a cargos e ofícios, o direito de recorrer à sua justiça e protecção. Ou seja: o único direito político dos vassalos era o de exigir a protecção judicial dos seus direitos privados.

O advento do Estado absolutista, na segunda metade do séc. XVIII, fez surgir a ideia de uma diferente natureza e especial dignidade do Estado, contra o qual seria «indecente» (expressão de um alvará pombalino» sobre a matéria) lançar mão dos mesmos meios de defesa jurisdicional dos direitos utilizáveis contra particulares. Também o jusracionalismo em que se fundava o absolutismo iluminista era contraditório em relação ao conceito estatutário dos direitos particulares, ao mesmo tempo que a ideia de

[260] V. Marcello Caetano, *Direito administrativo*, 1980, II, pp. 1277 e segs.; A. M. Hespanha, *As vésperas do Leviathan*, ed. Autor, I, 684 e segs..

[261] Pascoal José de Melo Freire, *Institutiones iuris civilis lusitani* 1780, I, p. 12.

direitos inatos do indivíduo se opõe à de privilégio concedido concreta e individualmente. Daí que, na fase final do Antigo Regime, se tenha começado a desagregar todo o anterior sistema de garantia dos direitos particulares (estatutários ou patrimoniais). Já em 1627 (*Carta* Régia de 2 de Novembro) se determinara que não se embargassem actos «de governo»; em 1642 (16 de Fevereiro) proíbe-se o embargo de leis gerais. Mas a medida mais drástica vem com o pombalismo. Porém, o Alv. 30.10.1751 continua permitir embargos a *Cartas* régias, provisões e alvarás; cf. a CL 18.8.1769, § 2, proibindo embargos aos Assentos da Casa da Suplicação.

Esta actividade de controlo era realizada, em primeiro lugar, na hora de promulgação da lei, pelo Chanceler Mor do Reino, a quem incumbia, segundo as *Ordenações* (*Ord. fil.*, I, 2), "ver com boa diligência todas as coisas que por qualquer maneira por Nós [o rei, etc.] [...] forem passadas e assinadas", recusando-se a selar as decisões do poder que fossem "expressamente contra as *Ordenações*, ou direito" (n. 2) ou que fossem "contra nossos [do rei] direitos, ou contra o povo, ou clerezia, ou outra alguma pessoa, que lhe tolha ou faça perder seu direito (n. 4), "rompendo-as e pondo nas costas delas como foram rotas por se determinar que não haviam de passar" (*ibid.*, n. 3). Depois, uma fez selada e promulgada a providência, o controlo cabia aos tribunais que, no julgamento de uma questão que lhes fosse submetida, podiam desaplicar actos normativos do rei que violassem direitos adquiridos[262]; como podiam conhecer dos agravos que as partes perante eles interpusessem contra actos do poder[263].

A nova imagem do poder e as suas consequências dogmáticas vão, assim, provocar a desarticulação do sistema de garantias do Antigo Regime pré-iluminista, sistema que, no âmbito dos seus limites, era extremamente eficaz. O período iluminista é já, por isso, uma época em que o exercício do poder se encontra liberto de muitas das peias anteriores, o que se torna ainda mais grave, porque ele dispõe, agora, de meios muito mais eficazes de acção.

Na verdade, as limitações do poder do Antigo Regime residiam, também, na sua ineficácia. Esta decorria, por um lado, do facto de a administração estar concebida como votada à salvaguarda da ordem social, política e jurídica estabelecida (administração jurisdicionalista ou «passiva»); por outro, da carência de meios materiais de controlo e de comando. Tudo

---

[262] Cf. A. M. Hespanha, "O indivíduo face ao poder. Portugal. Sécs. XVI-XVII", cit.

[263] A supremacia da lei, proclamada pela *Lei da Boa Razão*, não isentava o direito régio da obediência aos direitos natural e divino (v. *supra*, n. 18).

isto vai começar a mudar, sobretudo a partir dos meados do século XVIII, com o desenvolvimento de uma administração «de governo» (ou «activa») e com o reforço material das extensões periféricas da administração central.

O advento da Constituição tinha trazido duas novidades ao sistema.

Por um lado, parece que eximira a Constituição (formal) ao controlo de jurisdicidade, pois os juízes, como todos os funcionários, tinham jurado "observar a Constituição" (art. 13).

Porém, este juramento – que, na intenção do legislador, corresponderia ao juramento da Constituição formal – podia ser entendido como dizendo respeito, para além dela, também àquela constituição implícita já antes referida[264], consubstanciada ou (i) no direito fundamental histórico do reino (nomeadamente, no princípio do respeito dos direitos adquiridos)[265], ou (ii) nos princípios do Direito Público Universal (o mais recente do qual era a teoria dos governos liberais), em vigor em Portugal por força da *Lei da Boa Razão* e dos Estatutos da Universidade[266], ou, finalmente, (iii) nas ciências do direito civil ou do direito público[267], que eram tão

[264] Cf., antes, cap. 8.6.3.

[265] Cf. Maria da Glória Padrão, *Da justiça administrativa* ..., cit., 340, 357.

[266] As invocações doutrinais deste direito são abundantíssimas durante todo o constitucionalismo monárquico (v. muitas citações em João Tello de Magalhães Collaço [...], *Ensaio sobre a inconstitucionalidade* [...], cit., e Maria da Glória Padrão, *Da justiça administrativa* [...], 351 ss., *maxime*, 357-8). Mas, por se tratar de doutrina referente à Constituição de 1822, recordam-se algumas afirmações de Silvestre Pinheiro Ferreira: "Com esta pedra de toque [independência e eleição nacional, para todos os poderes; responsabilidade e publicidade de todos os actos] é fácil a cada um reconhecer se qualquer artigo da constituição é ou não, conforme aos princípios essenciais do governo representativo", Silvestre Pinheiro Ferreira, *Breves Observações sobre a Constituição [... de 1822]*, cit., viii; "Comparem os nossos leitores cada artigo da constituição de 1822, da Carta de 1826, ou da projectada reforma com a simples e concisa fórmula que acabamos de oferecer, e se ele não satisfizer a todas, e a cada uma das mencionadas condições do governo representativo, não hesitem em declarar que é inconstitucional", *ibid.*, x; "É inconstitucional, porque o juramento pressupõe uma religião, e por direito constitucional [não formal, na Constituição de 1822] é proibido às autoridades intrometer—se na consciência do cidadão, e averiguar o que cada um crê, ou deixa de crer em matéria de religião. Veja Observação ao art. 78, 4", *ibid.*, 4; " art. 25 [sobre a religião da Nação]. Esta disposição é, não só incompatível com o princípio da tolerância, princípio essencial em um sistema verdadeiramente constitucional [...]", *ibid.*, 8/9.

[267] Sobre este ideal cientista do direito, no período do jusnaturalismo tardio e do utilitarismo, v. António Manuel Hespanha, *Cultura jurídica europeia [...]*, cit., 227 ss.; António Pedro Barbas Homem, *Judex perfectus [...]*, cit., 393 ss. (com referencias muito

constituição como a Constituição votada em cortes[268]: "Não pertence à constituição indicar os princípios que a ciência deve ter ensinado, mas sim regular a sua aplicação, e determinar o modo como hão-de ser protegidos", escreve Silvestre Pinheiro Ferreira[269].

E, de facto, esta ideia de que a própria Constituição formal não é pura e simplesmente voluntária, que obedece a leis supra-positivas e que, portanto, pode ser sindicada quanto á sua legitimidade, é continuamente reafirmada. Como dirá, anos mais tarde, Almeida Garrett: "[...] embora uma Constituição se escreva num papel, e embora as maiores somas de liberdade se ponham nesse papel, se a Constituição escrita não for acomodada na prática aos usos e costumes dos povos, a Constituição há-de ficar no papel"[270].

Mas, em contrapartida, o advento da Constituição escrita em certo sentido reforçara a precariedade das leis que – sendo já grande no direito de Antigo Regime, por causa do sistema pluralista de fontes de direito, em que a lei era apenas uma delas e, seguramente, não a mais forte –, ainda se agravara com a distinção entre "constituição" e "lei" – formulada designadamente por Sieyès – e com a atribuição à primeira de um carácter *fundacional* (ou *fundamental*) em relação às segundas. Ou seja, se o direito fora a "constituição" de Antigo Regime, doravante a constituição pode tender a ser "o direito" que as leis e restantes actos do poder terão que respeitar sob pena de nulidade e que os juízes se comprometem a guardar[271].

Ramón Salas sublinha este papel primordial da Constituição; embora não esclareça claramente a que constituição se está a referir, se à material, se à formal: "Às Leis Constitucionais chamam-se também fundamentais,

---

interessantes à ligação entre ciência do direito e ciência económica, no pensamento do primeiro liberalismo); Mário Reis Marques, *Codificação e paradigmas da modernidade [...]*, cit., 467 ss..

[268] Cf. supra 8.6.3.

[269] O que cabia à constituição formal era especificar a tal constituição material. Daí que o mesmo autor continue: "Um dos princípios que a ciência ensina é que ao cidadão compete o direito de petição; mas o que a constituição devia fazer, e não fez, era determinar o modo como este direito devia ser exercido utilmente" Silvestre Pinheiro Ferreira, *Breves Observações sobre a Constituição [... de 1822]*, cit., 5.

[270] Almeida Garrett, *DCGC*. *1837-1838*, II, 13. Sobre a impossibilidade de seguir rígidos modelos matemáticos na reflexão política, v., do mesmo autor, *DCGC*. *1837-1838*, I, 66.

[271] Esta autonomização de um direito constituinte primitivo da Nação, correspondente à sua soberania, já e encontrava em Emmerich de Vattel (*Le droit des gens* ou *principes de la loi naturelle*, Lyon, Robert et Gauthier, 1802, I, pp. 41 ss..

porque são o apoio, o cimento, e os alicerces do edifício social, que sem elas não pode ficar sólido por muito tempo. Chamam-se também frequentemente Leis primarias (ou primitivas) para dar a entender que com elas se devem conformar as Leis, que versam sobre interesses individuais, e subordinados; e as quais se chamam Leis secundarias. E com efeito, se as Leis secundárias se não acham em perfeita harmonia com as Leis primárias, fundamentais, ou Constitucionais, um Governo não pode ser liberal senão no nome. Que me importa, que a Lei primária sancione a liberdade individual, se as Leis secundárias põem a minha liberdade à disposição de alguns mandatários, ou agentes de poder, que podem privar-me dela pretextando medidas de segurança, ou em virtude do *Caveant Consules* do Senado Romano, de que em todos os tempos se fez um uso tão imoderado contra a liberdade dos Cidadãos? Em poucas palavras, as Leis secundárias não devem ser senão as consequências naturais das Leis primárias fundamentais, ou Constitucionais"[272].

Desaparece, é certo, o papel fiscalizador da Chancelaria Mor do Reino. Pode-se dizer – e foi-o dito – que, agora, o rei, ao exercer o poder de veto em relação às propostas de lei do legislativo, desempenhava o papel de chanceler. Foi esta, na verdade, uma das leituras do veto real – a de um controle da constitucionalidade das leis parlamentares. Na verdade, a "prerrogativa régia"[273] atribuía ao rei a natureza de guardião da Constituição, o que autorizava a ver no veto real – tal como é proposto por Benjamin Constant, no quadro das atribuições do seu "poder moderador" e como existe, com eficácia variável, nas três constituições da monarquia liberal portuguesa – uma forma de controle (político) da constitucionalidade. E, de facto, é com fundamento em inconstitucionalidade que D. Maria II suspende um decreto das cortes, de 24.8.1834: "este projecto de lei destruiria, se fosse sancionado, os princípios estabelecidos na Constituição e nas leis orgânicas em perfeito vigor e que em todos os tempos devem ser respeitados [...] sendo eu primeira guarda das garantias individuais, consagradas na Constituição e nas leis orgânicas do Estado, as quais garantia são para todos os tempos, repugnava ao meu coração aceder a

---

272 Ramón Salas, *Lições de direito publico [...]*, 4/5.

273 A "prerrogativa real" (*royal prerogative*) era um instituto do direito público inglês – em torno da origem do qual disputaram Hobbes e Locke (cf., do primeiro, *The Elements of Law, Natural and Political* [1640]; do segundo o *Second Treatise of Civil Government* [1690, ch. 14] – e que este último definiu como a vasta e indefinida autoridade do monarca para agir em prol do bem comum do reino "without the prescription of law" e "sometimes even against it". V., adiante, cap. 11.4.8.1.

uma lei que me parece opor-se a elas e estabelecer um precedente de terrível influência"[274]. Mas não falta quem considere como precipitada a extinção do antigo cargo de Chanceler-mor, justamente como uma instância de controlo da constitucionalidade. É o caso de Almeida Garrett, deputado às cortes constituintes de 1837:

> "[...] o veto que exerce, quando se lhe dá (e é impossível deixar de dar-lhe) a autoridade de dizer: *eu não posso aplicar tais leis, porque são opostas aos princípios da Constituição, e da utilidade e consciência pública.* Mas isso não basta, repito; e é mister que o poder judicial possa fazer mais para nos dar, e ser ele uma garantia da liberdade e independência tanto para o povo, como para os outros poderes seus confuncionários. Falta-lhe aqui sobretudo uma instituição central, organizadora e de método. Havia-a em nossa antiga Constituição; era defeituosa, tinha-se tornado abusiva; mas convinha reformá-la, e não destruí-la. Sei que é impopular o que vou dizer; mas também sei que justo. Receio não achar eco nesta Câmara; mas nem por isso deixarei de pronunciar a verdade. A Chancelaria Mor do Rei no era uma roda indispensável na matéria de Estado. Os ignorantes que a quebraram, porque a não sabiam concertar, nem fazê-la jogar com o novo sistema, cometeram um fatal erro pecado político. Os juízos de equidade são impossíveis sem esta instituição, o nexo das funções judiciais com as governativas que só ela pode dar, tudo fica anómalo e absurdamente transtornado"[275].

Em contrapartida, porém, mantivera-se a função fiscalizadora dos tribunais. Não que se previsse uma acção para pedir directamente a anulação da lei por contrária ao direito, semelhante aos antigos embargos; nem, muito menos, por "inconstitucionalidade", como acontece hoje em algumas ordens jurídicas. Mas nada impedia um juiz de, no âmbito do conhecimento de uma causa, desaplicar uma lei por inconstitucional. Esta verificação judicial da constitucionalidade das leis era considerada como natural. Já no domínio da *Carta*, Francisco António da Silva Ferrão escreve[276], abonando-se em literatura constitucional francesa do período cartista [1830] que considerava a *Carta* como "Lei Rainha e Mãe de todas as leis":

---

[274] Cf. João Tello de Magalhães Collaço, *Ensaio sobre a inconstitucionalidade [...]*, 51-52.

[275] Almeida Garrett, *DCGC*, 1837, II, 20. Em algum dos projectos de reforma da Constituição de 1822, elaborados ou enviados à Junta criada em 1823, esta função do Chanceler-mor era mantida (v. *infra*, n.º 341).

[276] Cf. *Tractado sobre direitos e encargos da Sereníssima Casa de Bragança*, cit., 1852, 252-253.

> "os juízes prestaram juramento de observar, e fazer observar, a *Carta Constitucional* da Monarquia, e as Leis do Reino, e não podem abstrair estas daquela, no cumprimento dos seus deveres, estando obrigados a isso, a considerar, não só, se as partes, se os processos, se as acções, têm a qualidade de legítimas, mas, outrossim, se os diplomas, ou determinações, cujas teses devem aplicar à hipótese dos autos, têm ou não o cunho de Lei. Os juízes, quando assim obram, não têm por objecto apreciar as leis, feitas pelo poder legislativo, ou pelas ditaduras, nem se arrogam supremacia sobre os outros poderes do Estado, muito pelo contrário, mantêm-se, única e precisamente dentro da órbita da sua própria independência e juramento, não reconhecendo em cada um dos processos, que têm a julgar, outros poderes, que incompetentemente lhes ditam as normas. O contrário disso importaria o mesmo que subordinar a acção da justiça ao arbítrio desses Poderes; reduzir os Juízes a instrumentos cegos e dóceis, para homologar somente determinações exorbitantes e inconstitucionais; tornar enfim o Poder Judiciário uma coisa muito diversa do que deve ser na realidade, pela firme, constitucional e justa manutenção dos direitos dos cidadãos".

Esta não era, apenas, a sua opinião, pois, segundo Ferrão, era corrente os juízes considerarem que podiam declarar inaplicável uma lei por a considerarem contraditória com princípios da constituição formal (ou mesmo, apenas, de uma constituição material do liberalismo quando esta, por exemplo, consagrava a defesa da propriedade)[277]. O próprio Silva Ferrão considerou como "insubsistente" um decreto ditatorial de D. Pedro IV, de 18.5.1834, por ter sido feito em ditadura, sem a intervenção das cortes (ou seja, por aquilo a que hoje chamaríamos inconstitucionalidade orgânica)[278]. Em abono da sua teoria, Ferrão argumenta com os termos da procuração dos eleitores aos deputados, em 1826 e nas legislaturas seguintes – cumprirem as suas funções "na conformidade, e dentro dos limites, que prescreve a *Carta Constitucional* [...], sem que possam derrogar ou alterar alguns dos seus artigos".

---

[277] Mais notícias de impugnações de preceitos legais por inconstitucionalidade: ob. cit., 200 (contra um decreto ditatorial de 9.8.1833); segundo Silva Ferrão, "julgava-se então uma necessidade fazer-se remover, como fugitiva e antinómica, toda a legislação, ou disposições, tomadas por decretos originados por circunstâncias, que, em contradição com o Direito Pátrio, durante o período que decorreu desde a abdicação do Sr. D. Pedro IV [...] até ao nascimento do seu amado Neto [...], haviam tornado duvidoso e flutuante o direito de sucessão da Sereníssima Casa", p. 205). Sobre o carácter constituinte da propriedade, v., adiante, cap. 15.2.3.2

[278] Ob. cit., p. 131 n. 1.

Apesar desta orientação doutrinal e desta prática jurisprudencial, nota-se ainda uma certa timidez na construção dogmática do controlo jurisdicional da constitucionalidade. Na verdade, ainda que seja invocada a doutrina francesa que fundamenta o instituto na hierarquia eminente da Constituição, os argumentos mais usados – provavelmente porque mais convincentes – são o juramento de fidelidade à Constituição feito pelos juízes e o teor das procurações que conferiram poderes aos deputados[279].

É certo que havia quem opinasse que "ao Poder Judicial não competiria, por maneira alguma, entrar na apreciação das Leis, feitas pelo Poder Legislativo, ou pelo Executivo, *quando em ditadura*, e só aplicá-las aos casos ocorrente", pois "o contrário seria o Poder Judicial arrogar-se uma supremacia sobre os outros poderes do Estado, que, nem a Lei Fundamental lhe permite, nem a boa razão a que repugna semelhante doutrina, como atentatória da boa ordem pública"[280]. Também numa alegação de recurso de revista crítica da revisão judicial das leis se pode ler: "[...] A sentença foi um acinte, foi um «quero, porque quero», uma teima dos três juízes vencedores, para os quais não existe a Lei dos Forais. Meteu-se-lhes na cabeça que esta lei era um ataque à propriedade, e cuidam que sustentam a propriedade, atacando a Lei"[281]. Nas Cortes constituintes de 1837, o deputado radical José Estêvão (Coelho de Magalhães) critica também este controlo judicial das leis, como ofensivo da separação de poderes e típico da constituição de Antigo Regime (da "desembargocracia", como lhe chamara Garrett):

> "Um nobre deputado[282] que primeiro aqui ampliou a acepção da palavra «veto», discorrendo sobre a dotação desigual de vetos que tem o poder judicial, manifestou desejos que na Lei fundamental lhe consignássemos o de obstar à execução das leis. Ainda que eu espere que nem os talentos do nobre deputado que apresentou esta doutrina poderão arrancar deste Congresso a menor simpatia por ela, não posso deixar de a combater com todas as minhas forças. Este veto, que se quer dar ao poder judiciário, tiveram-no antes da Revolução certos tribunais de França. Então as leis não se executavam sem serem registadas por esses tribunais; e eles, negando-lhe o registo, vedavam a execução. Senhor Presidente, já aqui serviu de argu-

[279] Este último argumento era facilmente reversível pela teoria do mandato puramente representativo (*i.e.*, não imperativo).

[280] Trecho de uma sentença criticada por Ferrão (p. 252).

[281] *Tractado sobre direitos e encargos*., p. 29 n. 1.

[282] Refere-se à intervenção de Garrett, antes citada. Note-se que também Garrett se insurgia contra a "desmbargocracia" de Antigo Regime. Não obstante, considerava vantajosa a função fiscalizadora do Chanceler Mor.

mento contra o sistema unitário o ter-se ensaiado, e sem fruto, depois da Revolução francesa, e parece-me que me poderei servir do mesmo argumento. Contra o direito de registar dado aos tribunais. A Revolução de 1791 acabou com este privilégio, e ainda até agora ninguém se lembrou de o ressuscitar [...]. Estranho que o ilustre deputado, que tantos receios mostrou da desembargocracia, lhe queira meter na mão a terrível arma de anular as leis. Com efeito, são muitos vetos contra a vontade popular"[283].

Em suma. Não prevendo expressamente nenhuma modalidade de recurso por inconstitucionalidade, a nova ordem constitucional não precludiu a apreciação pelos tribunais da conformidade das leis com a Constituição, entendendo por "constituição" tanto o texto constitucional formal, como a constituição implícita, abrangendo os princípios de direito público universal. Pelo contrário, manteve-o como dantes, em toda a sua plenitude e disseminação. Ou seja, as leis eram actos do poder, impugnáveis como quaisquer outros. Tanto mais que a sua "exteriorização" – o acto que lhes outorgava vigência (neste caso, a sanção real) – era, na Constituição de 1822, um acto *do executivo* (cf. art. 123)[284], referendado por um ministro, o qual não passava – na economia da mesma Constituição – de um funcionário, embora de grau elevado. Ou seja, a lei nem era um acto do "sacrossanto" poder legislativo, nem um acto que tivesse sido ratificado pelo rei, habilitado com a "prerrogativa régia", como o será, mais tarde, no regime da *Carta*.

A questão da responsabilidade dos agentes políticos era uma outra questão, suplementar em relação a esta.

A grande atenção que se lhe dedicou durante a primeira geração do liberalismo explica-se, por um lado, pela desconfiança que alguns autores (nomeadamente J. Bentham) tinham instilado em relação aos titulares de cargos públicos e, em geral, à burocracia. Por outro lado, explica-se pela má fama – de prepotência, de prevaricação, de suborno – que "os ministros" já tinham na cultura popular portuguesa da época. A lista dos actos que faziam incorrer os ministros em responsabilidade (falta de observância das leis; abuso do poder; atentado à a liberdade, segurança, ou propriedade dos cidadãos; dissipação ou mau uso dos bens públicos) era um bom indício dos sentimentos dominantes em relação à classe.

Daí que – independentemente da validade ou não do acto praticado, cuja legalidade podia ser judicialmente apreciada pelos tribunais competentes – a Constituição quisesse também punir o prevaricador. Essa seria

[283] José Estêvão, *DCGC*, II, 51.

[284] É certo que um tanto vinculado, dado o carácter apenas suspensivo do veto real.

justamente *a grande novidade*, que iria pôr termo à irresponsabilidade pessoal dos ministros de Antigo Regime, considerada como uma das mais claras fontes do despotismo (a tal "desembargocracia" a que se referiam Garrett e José Estêvão). Por outras palavras, não é que o direito antigo não conhecesse remédios jurídicos contra o anti-direito. O que se passava é que esses remédios não funcionavam, porque quem os devia aplicar prevaricava e, não sendo punido por isso, prosseguia nessa senda. No fundo, o que se está a transpor para os novos tempos é o velho *motto* de que "o rei é bom, mas quase sempre mal assessorado por maus ministros". A Constituição tinha meios para se fazer cumprir – prescrições normativas e garantias jurisdicionais[285]; o problema era o dos homens que os deviam accionar. Daí a enorme relevância da questão da responsabilidade ministerial; relevância tão grande, que a respectiva lei nunca chegou a ver a luz do dia, em toda a monarquia constitucional[286].

À responsabilidade dos ministros correspondia a dos restantes funcionários, que seriam "estritamente responsáveis pelos erros de ofício e abusos do poder" (art. 14).

---

[285] Lembremos o texto antes citado (cf. nota 22) de Fernandes Tomás sobre o modo de controlar os órgãos de soberania: a existência de tribunais perante os quais se lhes pudesse pedir contas.

[286] Discussões parlamentares sobre o tema: Responsabilidade Ministerial; 1880; *Diário da Câmara dos Deputados*; 6 Fevereiro, pp.. 396-399 – Relatório e proposta de lei do Ministério da Justiça sobre responsabilidade ministerial; 1893; *Diário da Câmara dos Deputados*; No índice a pp. XX refere-se um projecto de lei que não entrou em discussão, regulando a responsabilidade ministerial. Não refere data de apresentação.; 16 Maio, pp.. 30-35 – Proposta de lei do ministro da Justiça sobre a responsabilidade dos ministros de Estado.; 1902; *Diário da Câmara dos Deputados*; 20 Janeiro, pp.. 11-16 – Renovação de iniciativa da proposta de lei apresentada pelo ministro da Justiça em 16 Maio de 1893 sobre responsabilidade ministerial.; 1903; *Diário da Câmara dos Deputados*; 23 Janeiro, pp.. 5-9 – Renovação de iniciativa da proposta de lei apresentada pelo ministro da Justiça em 4 (?) de Fevereiro de 1880 sobre responsabilidade ministerial; 1906; *Diário da Câmara dos Deputados*; 6 Outubro, pp.. 18-27 – Proposta de lei apresentada pelo ministro da Justiça sobre responsabilidade ministerial.; 27 Novembro, pp.. 19-40 – Parecer e projecto de lei da comissão de Legislação criminal sobre responsabilidade ministerial. Discussão.; 28 Novembro, pp.. 7-11 e 21-26 – Continuação da discussão supra.; 30 Novembro, pp.. 17 – Idem.; 3 Dez., pp. 9-10 – Idem.; 4 Dez., pp.. 13-15 – Idem.; 5 Dez., pp.. 10-16 – Idem.; 6 Dez., pp.. 6-11 – Idem.; 7 Dez., pp.. 6-13 – Idem.; 17 Dez., pp.. 12-13 – Refere emendas ao projecto supra; 1909; *Diário da Câmara dos Deputados*; 11 Agosto, pp.. 15-21 – Proposta de lei apresentada pelo ministro da Justiça sobre responsabilidade ministerial.; 1910; *Diário da Câmara dos Deputados*; 2 Abril, pp.. 14-18 – Proposta de lei apresentada pelo ministro da Justiça sobre responsabilidade ministerial.

9. A QUEDA DA CONSTITUIÇÃO DE 1822 E OS PROJECTOS DO CONSTITUCIONALISMO MODERADO

O contexto internacional da *Constituição de 1822* é o da Restauração, estabelecida pelo Congresso de Viena de 1815 e que, no plano constitucional, se corporizava na *Carta* constitucional francesa Luís XVIII (1814). Em Espanha, por sua vez, o exército restauracionista francês, comandado pelo Duque de Angoulème, entra vitorioso em Madrid em 1823 (23 de Abril), repondo no trono Fernando VII e revogando a Constituição de 1812.

Apesar dos já referidos elementos de continuidade presentes na Constituição portuguesa, este contexto restauracionista leva os reformistas moderados a optar pelo campo conservador, aderindo à ideologia da continuidade e recusando a temática da ruptura. Embora uma análise mais detida mostre como, por debaixo deste discurso da continuidade, se mantém um projecto de profundas reformas político-institucionais e sociais. Na própria França, o regime cartista não retoma puramente as instituições pré-revolucionárias, admitindo que "os tempos mudaram" (v. *supra*, cap. 5). Neste sentido, os reformistas apenas não são revolucionários porque não aceitam a ideologia da ruptura, ou seja, porque não se imaginam nem se exprimem como "revolucionários". Quanto ao projecto institucional, de facto, quase tudo os separa dos tradicionalistas e relativamente pouco os distingue do campo revolucionário.

Claro que – como já tinha acontecido com o reformismo pré-liberal – a compatibilização de um discurso da continuidade com um projecto institucional de natureza inovadora implica uma *falsificação da tradição*. E é isto, de facto, o que é feito pelos reformistas. As instituições tradicionais são lidas de novo, sendo-lhes dada uma nova interpretação compatível com um objectivo de reforma institucional.

Os exemplos desta operação de *duplex interpretatio* são diversos. Eis alguns:

a) As leis fundamentais ("liberdade, foros e garantias") do Antigo Regime – que os monarcas se comprometiam a manter no momento do juramento, mas que traduziam, então, o pluralismo político da sociedade

corporativa – são reinterpretadas no sentido de serem entendidas como constituições modernas consagrando a garantia dos direitos dos cidadãos perante o Estado, agora detentor exclusivo do poder politico;

b) As "assembleias de estados" ("cortes"), decorrentes mais de um dever de conselho dos povos em relação ao detentor da soberania e da partilha do poder politico nas monarquias de Antigo Regime, são tidas como manifestações basicamente correspondentes aos novos órgãos representativos, os parlamentos, que representam a nação (e não as "ordens do reino") e que são dotados de poderes legislativos – condicionados ou não pelo veto real –, mas, de qualquer modo, não apenas consultivos[287];

c) O dualismo da constituição politica tradicional – ou seja, o carácter limitado do poder central decorrente do pluralismo politico – é feito equivaler ao novo ideal de limitação do poder do Estado e ao de afirmação da autonomia da sociedade civil[288];

d) A incapacidade política de certos estratos profissionais "vis" – *v. g.*, as profissões mecânicas – na organização politica do Antigo Regime é feita corresponder às novas medidas restritivas da capacidade eleitoral (nomeadamente, ao regime censitário);

e) A legislação – que, no ordenamento jurídico do Antigo Regime, ocupava um lugar subordinado e globalmente pouco eficaz – é reinterpretada no sentido de constituir, não apenas a espinha dorsal e a componente tendencialmente exclusiva de todo o sistema jurídico, mas ainda o fundamento da segurança politica (i. e., da garantia dos cidadãos frente ao Estado) e da paz civil (i. e., da estabilidade das relações entre os particulares)[289];

---

[287] Sobre a evolução do conceito de representação, v. Hasso Hoffmann, *Repräsentation. Studien zum Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, Berlin, 1974; Paolo Cappellini, "Rappresentanza in generale. Diritto intermedio", in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVIII, Milano, Giuffré, 1987; Pedro Cardim, *Cortes e Cultura Política no Portugal do Antigo Regime*, Lisboa, Edições Cosmos, 1998. Note-se que alguns dos novos Estados constitucionais nem sequer coincidiam com os reinos a que se referiam as antigas assembleias estamentais: era o caso de Espanha, pois nunca tinha havido "cortes de Espanha" (mas, apenas de Castela, ou de Aragão).

[288] Cf., Javier Pérez Royo, *Introducción a la teoría del estado*, Blume, Barcelona, 1980, cit., cap. I. Sobre a natureza da "limitação do Poder" no Antigo Regime e a questão dos direitos dos particulares, v. A. M. Hespanha, "O indivíduo face ao poder. Portugal. séc. XVII", cit..

[289] V., agora, o destaque que é dado a este aspecto por J.-M. Scholz "Portugal (Gesetzgebung zum Zivil- und Handelsprozessrecht im 19. Jahrhundert)", in: Helmut Coing (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III 2, München, Beck, 1982, pp. 2443-2488.

f) A própria função politica da tradição sofre uma *duplex interpretatio;* no pensamento politico e constitucional do Antigo Regime, a tradição era a forma de manifestação da constituição e, nesse sentido, os seus ensinamentos deviam ser indispensavelmente observados; agora, a tradição continua a ser auscultada. Mas há a ideia de que ela deve amoldar-se ao contexto dos tempos e dos lugares. Tem um valor apenas heurístico, podendo os seus ensinamentos ser afastados quando isso se mostrar racional, sensato ou conveniente. Ou seja, a "tradição" vê-se reduzida ao estatuto de "experiência".

Mas voltemos a história da conjuntura política portuguesa.

Depois de um pronunciamento de vários regimentos da capital, o rei, refugiado em Vila Franca, emite uma proclamação, prometendo reformas constitucionais de sentido moderado: "a salvação dos povos é sempre uma lei suprema, e para mim uma lei sagrada [...] A experiência [...] tem demonstrado, de um modo bem doloroso para mim e funesto para a nação, que as instituições existentes são incompatíveis com a vontade, usos e persuasões da maior parte da monarquia... é mister modificar a constituição: se ela tivesse feito a ventura da nação, eu continuaria a ser o seu primeiro gabinete; mas quando a maioria de um povo se declara tão aberta e hostilmente contra as suas instituições, estas instituições carecem de reforma. Cidadãos: eu não quero nem desejarei nunca o poder absoluto, e hoje mesmo o repito: os sentimentos do meu coração repugnam ao despotismo e à opressão: desejo sim a paz, a honra e a prosperidade da nação... não receeis por vossas liberdades; elas serão garantidas por um modo, segurando a dignidade da coroa, que respeite e mantenha os direitos dos cidadãos" (proclamação de 31 de Maio)[290].

A ideia de que a *Constituição de 1822* não tinha condições políticas de se manter era comum, mesmo entre os adeptos do partido constitucionalista[291]. Por várias vezes se falara, nas Cortes ordinárias eleitas em 1822, na reforma da Constituição; numa das últimas sessões das Cortes antes da

[290] Simão José da Luz Soriano, *História da Guerra Civil e do estabelecimento do governo parlamentar em Portugal comprehendendo a história diplomática militar e política d'este reino desde 1777 até 1834*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1866-1890, vol. VI, pp. 472-473

[291] Sobre as críticas do reformismo à Constituição de 1822, tal como forma formuladas, por exemplo, por Ricardo Raimundo Nogueira, v. Pedro Miguel Martins Gonçalves Caridade de Freitas, *Um testemunho na transição para o século XIX: Ricardo Raimundo Nogueira [...]*, cit..

sua suspensão, alguns deputados voltam a propor formalmente a reforma constitucional[292]. Depois da Vila-Francada, o desejo de atenuar a resistência do partido constitucionalista – que tinha ainda bastante força entre a população de Lisboa –, a pressão dos sectores conservadores mas partidários do regime representativo – ou, pelo menos, da monarquia limitada – e, porventura, as convicções do próprio rei – na pior das hipóteses, o seu instinto de defesa contra os ultra-realistas, que já lhe preferiam D. Miguel ou a Rainha Carlota Joaquina – levam-no a prometer repetidamente uma constituição[293]. Os próprios miguelistas – estes decerto apenas para desarmar os adversários numa Lisboa incómoda e ainda não ocupada – se comprometiam nesse sentido[294].

Para dar corpo a estas promessas, o rei nomeia, a 18 de Junho, uma Junta encarregue de preparar um projecto de Lei fundamental "regulada pelos sãos princípios de direito público" e que estabelecesse "em perfeita harmonia o exercício do poder supremo e a permanente segurança legal dos povos, franqueando os caminhos que devem conduzir a administração pública por melhoramentos progressivos ao grau de perfeição compatível com as instituições humanas". De caminho, o programa demarcava-se, quer da Constituição vintista – "fundada em vãs teorias, incompatíveis com os antigos hábitos, opiniões e necessidades do povo português e contraditória com o princípio monárquico que aparentemente consagrava" –, quer com a constituição tradicional – desadaptada "ao estado actual da civilização, às mútuas relações das diferentes partes de que se compõe a monarquia portuguesa e à forma dos governos representativos estabelecidos na Europa"[295].

Neste texto, provavelmente do punho do marquês de Palmela[296], aponta-se para um projecto político muito semelhante ao de Luís XVIII,

---

[292] Simão J. Luz Soriano, *História da guerra civil*, cit., t. 2, p. 1, Lisboa, 1893, p. 156.

[293] Cf. proclamações de 31 de Maio e 3 de Junho de 1823; estes documentos – como em geral a mais importante documentação da época – podem ser vistos em Clemente José dos Santos, *Documentos [...]*, vol. I.

[294] Cf., além da proclamação do brigadeiro José de Sousa Sampaio, um dos chefes militares de D. Miguel, ainda em Vila Franca, a proclamação do próprio D. Miguel de 27 de Maio. Cf. S. J. Luz Soriano, *História [...]*, vol. cit., p. 151.

[295] Clemente J. dos Santos, *Documentos...*, cit., 119. Sobre esta conjuntura e os trabalhos da Junta, o estudo mais completo é, hoje, o de José Henrique Dias, "A Carta prometida [...]", cit..

[296] Manuel P. Merêa, "*Projecto* de Constituição de 1823", Coimbra 1967 (sep. *Bol. Fac. Dir. Coimbra*, XLIII), 8.

em 1814, em que se consubstancia o fundamental do projecto reformista – aceitação das novidades institucionais que levassem ao melhoramento da administração pública e à racionalização da vida social, sem quebra aparente da continuidade constitucional. A escolha dos membros da Junta foi feita em conformidade, embora com algumas concessões ao partido legitimista. Dela faziam parte, além de Palmela, outros partidários do sistema representativo ou, pelo menos, constitucional: Francisco Borja Garção Stockler[297], Francisco Manuel Trigoso de Aragão Morato[298], João de Sousa Pinto de Magalhães[299], José Joaquim Rodrigues de Bastos[300], José

---

[297] 1.° Barão de Vila Praia, general, lente da Academia de Marinha, secretário da Academia Real das Ciências e membro da *Royal Society*; governador e capitão-geral dos Açores em 1820 e em 1823 (facto pelo qual deixa de participar nos trabalhos da Junta a partir de certa altura). No Parlamento, defendera ideias avançadas e, na Junta, é dado por Trigoso como um dos constitucionalistas indefectíveis. Em todo o caso, serviu depois D. Miguel, como governador do Algarve. É autor de, entre outras coisas, duas obras típicas – um projecto de Código Criminal Militar e um "*Projecto* para a estabelecimento da instrução pública no Brasil" (publicados em *Obras*, II, Lisboa, 1826); em ambos as casos, *leitmotiven* de natureza reformista: a codificação, a publicização do ensino.

[298] Uma das personalidades burocrático-político-intelectuais (talvez com José Acúrsio das Neves e Ricardo Raimundo Nogueira) mais interessantes desta época. Filho segundo de uma família abastada – proprietária de uma boa casa constituída por terras, algumas das quais vinculadas –, distinguiu-se nas letras, como lente da Universidade e académico, e ascende a postos burocráticos no período pré-liberal – Directoria dos Estudos e Comissão dos Forais de 1812; em 1820 – deputado às Cortes, onde alinha na ala moderada, participando em várias comissões e tendo sido eleito sucessivamente presidente do Congresso. Após a Viola-francesa, participa moderadamente na vida política enquanto membro da Junta, fugindo a todo o compromisso com os partidos em presença. Com o advento da Carta volta a ser chamado a diversas comissões e acaba por integrar a ministério da regente infanta Isabel Maria, como secretário de Estado dos Negócios do Reino; é feito conselheiro de Estado e par do Reino por D. Pedro, integrando a respectiva Câmara, que vem a ser vice-presidente. É autor de uma vasta bibliografia impressa e de importantes memórias manuscritas, das quais se destacam, além da memória sobre um projecto constitucional adiante referido, as que elaborou para a Comissão dos Forais de 1812, hoje depositadas na Biblioteca Nacional (B. N. L., ms. 205, n.° 267 do F. G.). Os principais elementos para a sua biografia são as suas *Memorias*, publicadas em 1933 pela Universidade de Coimbra (revistas e coordenadas por Ernesto de Campos de Andrade), também fundamentais para a conhecimento dos meandros políticos da época. Além disso, v. Conde do Lavradio, *Apontamentos para o elogio histórico Francisco Manuel Trigoso de Aragão Morato*, Lisboa, 1840; e José Liberato Freire de Carvalho, *Ensaio politico sobre as causas que prepararão a usurpação do Infante D. Miguel no anno de 1828, e com ella a queda da Carta Constitucional do anno de 1826*, Lisboa, Imp. Nevesiana, 1840, 239 pp.

[299] Legista, deputado as Cortes Constituintes e ordinárias, de que é presidente em

Maria Dantas Pereira[301], D. Manuel de Portugal[302] e Ricardo Raimundo Nogueira[303] cujos perfis pessoais – altos funcionários de carreira, civis ou

1822 (voltou a sê-lo, posteriormente, em 1840). Partidário de D. Pedro, viveu retirado como advogado durante a período miguelista, mas ocupou e novo importantes cargos políticos em 1835 (secretário de Estado dos Negócios o Reino e da Justiça). Nas eleições de 1822 era considerado como um dos representantes, no círculo do Porto, do partido constitucional (José de Arriaga, *História da revolução portuguesa de 1820*, III, 209, Porto, 1889) e neste sentido se comportou durante os trabalhos da Junta, segundo informa Trigoso. Sobre o seu comportamento politico no período de 1820 a 1823, v. António Pereira Forjaz Júnior, *João de Sousa Pinto de Magalhães. Apontamentos históricos*, Lisboa, 1868. Na opinião dos seus contemporâneos, as traços mais característicos do conselheiro João de Sousa eram a sua imensa erudição e exagerada timidez ou modéstia.

[300] Fidalgo da Casa Real, bacharel em Leis; seguiu a carreira da magistratura, tendo chegado a ser desembargador do Paço. Foi deputado pelo Minho às Cortes Constituintes, onde propõe a introdução do poder moderador. Em 1827, é nomeado Intendente-geral da Policia. Na Junta, vota do lado dos constitucionais, segundo Trigoso.

[301] Oficial de marinha e matemático. No período pré-revolucionário, prestigia-se na carreira militar e literária (professor na Academia de Guardas-Marinhas e autor de vários trabalhos), tendo sido nomeado para a Conselho de Estado em 1819, aí permanecendo no triénio constitucional apesar das suas ideias acentuadamente conservadoras (cf. José de Arriaga, *História da revolução...*, cit., 251, 254); tendo acompanhado D. Miguel até ao fim, morre no exílio. Na Junta, apresentou um projecto de bases da lei fundamental, que não chegou a ser discutido (v. A. M. Hespanha & Cristina Nogueira da Silva (org.) *Fontes para a história [...]*); aparentemente, não era um dos ultras indefectíveis (votou, v.g., contra a resolução da Junta aconselhando a rei a não promulgar qualquer constituição). A obra literária deste militar-político revela a sua atracção pelas questões político-constitucionais – *Fantasias constitucionais, seguidas por algumas reflexões da razão e da experiência*, Lisboa, 1821 (cf. A. M. Hespanha & Cristina Nogueira da Silva (org.) *Fontes para a história [...]*); *Memorias para a história da regeneração portuguesa em 1820* (publicadas sob o pseudónimo de *Lusitano Philantropo*), Lisboa, 1823, onde se encontram umas *Reflexões sobre a Constituição de 1822* e um trabalho sobre *Conselho de Estado*. Interessante ainda o seu *Bosquejo de um quadro synoptico civil, mediante o qual podemos conhecer e avaliar os homens e as nações com acerto e facilidade*, Rio de Janeiro, 1814.

[302] Mais tarde, governador do Estado da Índia, onde aclamou D. Miguel como rei em 1827.

[303] Outra das grandes figuras burocrático-político-intelectuais desta época. Lente de Leis, cónego da Sé de Évora, reitor do Colégio dos Nobres, membro da Regência de 1810, de cujas sessões deixou um diário precioso, em cinco voluminhos, ainda hoje inédito (B. N. L., cods. 6848-6853 do F. G.), membro da Academia Real das Ciências, conselheiro de Estado. Foi autor de uma importante obra histórico-juridica, constituída fundamentalmente pelas suas lições universitárias e publicada postumamente na revista *O Instituto*, de Coimbra: "Prelecções de direito publico interno de Portugal" *(O Instituto*, vol. VI) e

militares, ligações universitárias e académicas, carreira político-parlamentar no triénio vintista no campo dos moderados – correspondem ao retrato-robot dos reformistas antes traçado. A representação tradicionalista e ultra-realista era minoritária[304] e apenas pôde desempenhar um papel de continua obstrução[305].

A história de funcionamento da Junta é, nos seus traços gerais conhecida[306]. Aqui, conta-se, por isso, em duas palavras. Vencida a oposição do sector legitimista, a Junta toma como base de trabalho um projecto de Ricardo Raimundo Nogueira que foi discutindo arrastadamente, em virtude da obstrução dos ultras contra-revolucionários[307] e de um intencional espaçamento das reuniões provocado por Palmela, que via grandes dificuldades, sobretudo internacionais, na adopção de qualquer projecto constitucional naquela altura[308]. Ao mesmo tempo, outros membros da Junta apresentavam as suas contribuições, como a de José Maria Dantas Pereira[309].

"Prelecções de direito pátrio" (*O Instituto*, vol. VII). No trabalho da Junta, coube-lhe a parte de leão: é o autor do projecto de bases que orientou os trabalhos e foi o redactor final do projecto.

[304] Era constituída par José António Faria de Carvalho, oficial que fora deputado vintista pelo Minho, José António de Oliveira Leite de Barros, conde de Basto, deputado tradicionalista pelo Porto nas cartes ordinárias, desembargador do Paço e futuro ministro do Reino de D. Miguel, António José Guião, arcebispo de Évora e, depois, cardeal-patriarca, Manuel Vicente Teixeira de Carvalho, marquês de Olhão, e Joaquim José Ferreira Gordo, doutor em Leis, canonista e membro da Academia Real das Ciências.

[305] Cf. F. M. Trigoso de Aragão Morato, *Memorias...*, cit., 186.

[306] Sobretudo através dos relatos de Trigoso (nas *Memorias*, cit., 184 ss. e 193 ss.); referências também em s. J. Luz Soriano, *História...*, cit., 193 ss.; José de Arriaga, *História...*, 613; José Liberato Freire de Carvalho, *Memórias da vida de...*, Lisboa, *1855*, e *Ensaio político sobre as causas que prepararão a usurpação...*, Lisboa, 1840. Merêa também tira partido da correspondência (publicada) de Palmela. Sobre esta Junta, com elementos extraídos de documentação inédita (A.N.T.T., M.N.E., cx.ª 78, M.° 4), José Henrique Das, "A Carta prometida [...]", cit..

[307] Sobre o seu horizonte político, Luís Manuel Reis Torgal, *Tradicionalismo e contra-revolução – o pensamento e a acção de José da Gama e Castro*, Coimbra, 1973, e "A contra-revolução no período vintista", em *Studium generale. Estudos contemporâneos*, 1, 1980, 45 ss.; António J. da Silva Pereira, *O "tradicionalismo" vintista e o Astro da Lusitania*, Coimbra, 1976, e *Estado de direito e "tradicionalismo" liberal*, Coimbra, 1979.

[308] Cf. correspondência de Palmela, neste sentido, em P. Merêa, *Projecto...*, cit., 12; também s. J. Luz Soriano, *História...*, cit., 198 (ofício de Palmela ao conde de Porto Santo, de 7 de Novembro de 1823). Conhecemos hoje melhor o funcionamento da Junta, graças à documentação disponibilizada por José Henrique Dias, "A Carta prometida [...]", cit..

[309] Hoje depositado na Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro (I-32, 31, 54, 26 p.;

O projecto de Dantas Pereira, desenvolvido e com traços de originalidade, merece atenção[310].

O objectivo da *Carta* seria "*reorganizar* monarquia portuguesa, com atenção *aos princípios gerais do direito público*, e às nossas leis, escritas e tradicionais, acomodado tudo ao estado presente da civilização europeia" (preâmbulo). Os trechos sublinhados marcam os pontos de ruptura com a constituição tradicional. Contêm, por um lado, a ideia de *reforma* – que é mais do que o respeito pela natural evolução, já contida na própria ideia de tradição, para que se aponta na última parte da citação – e, por outro, a incorporação na constituição de princípios, alheios à tradição do Reino, mas decorrentes dos "princípios gerais do direito público".

O sistema de governo é definido como "Monárquico moderado" (II,11), sendo o rei "ajudado na formação das Leis pelos três Estados do Reino" (II.12); "na execução das mesmas", "por um Ministério responsável, escolhido, e despedido a Meu Real Arbítrio" (II.13); e, no exercício do "poder judiciário", por juízes de nomeação (ou confirmação), cuja inamovibilidade estava, no entanto, bastante garantida (II.14). Note-se, contudo, que a ideia de "poderes" aparece introduzida na linguagem constitucional, não apenas na designação de "poder judiciário", mas ainda quando se diz que, "enquanto a sede da monarquia residir na Europa, existirão no Brasil *os três poderes* [...]" (II.15). Por outro lado, o rei jura, no acto de aclamação, "cumprir, e fazer cumprir escrupulosamente esta Lei Fundamental" (III.19), embora isto não seja muito diferente do tradicional juramento de guardar as liberdades e foro do Reino.

Sob a aparência de continuidade, as Cortes[311] são completamente refeitas. Embora continuem formalmente a representar os três estados do reino, elas têm, de facto, uma natureza completamente diferente.

Para já, agora, organizam-se em duas câmaras. A *primeira* é integrada por membros dos estados nobre e eclesiástico[312], designados por escolha livre e vitalícia do rei (tit. VI); rei que, se se libertava de anteriores direitos adquiridos a estar em cortes considerados como adquiridos por certos senhores, estava agora sujeito a um critério censitário, pois só

v. A. M. Hespanha & Cristina Nogueira da Silva (org.) *Fontes para a história [...]*), e que está datado de "Lumiar, 16 de Agosto de 1823".

310 Até porque não tem sido suficientemente referido neste contexto.

311 O projecto chama "Cortes" à reunião conjunta das duas Câmaras, presidida pelo rei (VIII.53); mas fala das "antigas Cortes" (VI.36).

312 Este com uma participação limitada a 10% do total da câmara (VI.37). Também na Carta, a Câmara dos Pares é a "primeira" (v. *infra*, II.4.8.2).

seriam elegíveis pessoas com um rendimento líquido anual mínimo[313]. A *segunda* Câmara seria – como tradicionalmente[314] – "formada pelos representantes dos procuradores das Câmaras do Reino". Só que, agora, *todos* os concelhos estavam representadas, à razão de um representante por cada dez mil fogos, e não apenas aqueles que tradicionalmente tinham voto em cortes, hierarquizados entre si por critérios simbólicos[315]. Além de que a eleição se fazia de tal modo que o que cada câmara designava era um número de eleitores que, depois e em Juntas de nível regional, elegeriam os deputados às cortes (cf. tit. VII).

Como o redactor aponta numa esclarecedora nota a este título, isto era subverter completamente a tradicional representação do reino.

Por um lado, era atribuir o direito de representar o povo a todos os concelhos, evitando a "despótica desigualdade na privação do direito de eleger" (nota a VII.43). Tudo, porém, sem nunca abandonar a ideia de que os membros desta câmara eram os tradicionais procuradores dos concelhos, ou seja, "a tese de que as Câmaras dão os poderes aos procuradores (procurar muito a propósito pois os nomeiam e que estas escolhendo os seus representantes substabeleçam neles as suas procurações)" (*ibid.*); e não representantes da Nação, o que corresponderia a "uma admissão a este direito excessivamente geral e arriscada, que muito provavelmente viria a ser perturbadora" (*ibid.*) e favorável a que "a demagogia possa lançar mão das circunstâncias favoráveis para continuar suas negras e insidiosas tramas, dizendo que nesta Câmara existe a representação nacional [...] constituída sem distinção ou democraticamente".

Por outro lado, nem a hierarquização das duas Câmaras era inocente. A primeira, nomeada pelo rei para seu aconselhamento, era como que um conselho régio, colateral ao único representante do reino no seu todo[316]. A segunda, a representação de apenas um dos estados do reino: "a primeira Câmara deve ser apenas o primeiro tribunal do Reino, pois é da nomeação de sua Majestade, quando a segunda procede da eleição seus Estados" (*ibid.*).

---

[313] "Procedente de bens próprios de raiz ou de emprego inamovível à vontade do governo, ou de uma e outra origem, mais do que o valor médio de sessenta moios de trigo da terra em Lisboa" (VI, 38).

[314] "As Câmaras do Reino, prosseguindo na fruição do seu antigo direito pela maneira mais adequada às circunstâncias presentes [...]" (VII.43).

[315] Concelhos "de primeiro, segundo, terceiro, etc., banco".

[316] A tese de que a representação do reino competia aos tribunais palatinos – que assim se teriam subrogado no papel representativo das cortes – tinha sido um tópico corrente em juristas portugueses dos finais do Antigo Regime.

Finamente, são atribuídos às Câmaras poderes legislativos que as antigas cortes nunca tinham tido – a possibilidade de iniciativa legislativa (IX.59) e a indispensabilidade de discussão e votação parlamentar das leis (IX.60). Nem a alteração da própria *Carta* fundamental escapa a esta prerrogativa parlamentar[317]. O proponente chama a atenção, em nota, para a inevitabilidade destas inovações, para evitar interpretações "malévolas", "clamando que [...] se tirou esta iniciativa para que nem ao menos se possa propor o que se precisa". Destaca, por outro lado, todas as cautelas de que rodeara o processo legislativo, procurando evitar, pela introdução de mecanismos processuais intra-parlamentares, que os projectos legislativos inoportunos chegassem sequer à fase de veto real[318].

Quanto ao mais, estava assegurada a absoluta dependência das Câmaras em relação à vontade do rei, que as reunia e dissolvia a seu bel-prazer[319]; estavam impedidas de tomar conhecimento dos requerimentos individuais que, no vintismo, tinham tornado as cortes num interlocutor directo dos cidadãos (VIII.55);

Neste contexto – e fosse qual fosse a ênfase colocada na prerrogativa régia[320] – o poder do rei era, essencialmente, executivo, assim sendo designado na epígrafe do tit. X, cujo primeiro artigo diz que "a *execução das Leis* será efectuada mediante regulamentos, instruções e ordens Reais, ficando-Me reservado, o que sempre tem sido privativo do Poder Real" (X.70). A (magra) enumeração do conteúdo da prerrogativa régia, constante das quatro alíneas deste artigo, não invalida que, doravante, o rei não deixaria de deter o poder de, sozinho, fazer as leis.

À organização do executivo dedica-se alguma atenção, estabelecendo um sistema de "repartições", a que corresponderia um sistema de conselhos ("tribunais") especializados (arts. 71 a 74). O conjunto dos Secretários de cada repartição constituía o Conselho particular do rei, presidido por ele ou pelo "primeiro-ministro" (ou "ministro assistente ao despacho", que o projecto considera como a actualização do antigo "escrivão da puridade"[321]), onde seriam tratados "os maiores negócios da

---

[317] Cf. IX. 68: "Se o novo projecto de Lei tiver por objecto a modificação de algum artigo desta Carta, ou a rejeição, ou o acrescentamento de outro [...] havendo-se preenchido todas as formalidades [...], será oferecido à Minha Real Sanção".

[318] Cf. nota a IX.

[319] Estabelecia-se um período mínimo e máximo de duração das sessões

[320] Cf. tit. X.

[321] Esta continuidade com o velho cargo medieval já fora reclamada pelo Conde de Castelo Melhor, para formalizar a sua situação de "primeiro ministro" de D. Afonso VI.

Monarquia" (art. 78). Para centralizar o governo e diminuir a despesa reduz-se toda a máquina do governo a uma Secretaria de Estado[322] ("A pluralidade das Secretarias de Estado em Portugal data de 28 de Julho de 1736. A fatal Revolução Francesa fez mudar em mais de um para vinte a razão entre o pessoal e o Material da nossa Marinha. Aquela revolução foi também a principal causa de haver passado o nosso exército a consumir duas terças partes das rendas do Estado, etc., etc.. Este aumento de despesa tão grande como geral, não podendo deixar de influir muito consideravelmente na pública prosperidade, merece a mais séria atenção do governo"[323].

Porém, segundo o autor do projecto, este tratamento de matéria administrativa tinha uma finalidade sobretudo política: "Estes artigos tendem a prevenir e regular a responsabilidade ministerial; e fazer omissíveis as assinaturas dos Ministros de Estado nos Decretos e nas resoluções Reais; e a unir e proporcionar as partes componentes do nosso todo político"[324]. Ou seja, destinava-se, por um lado, a significar que o ministério não era senão um conjunto de verdadeiros e próprios secretários do monarca, intermediários entre este e conselhos consultivos. Mas, por outro, a garantir a responsabilidade penal – por infracção da lei, concussões, extravios do dinheiro público e dolos manifestos que praticar (art. 81)[325] – dos ministros, desonerando o rei. Isto em nada correspondia à noção pós-revolucionária de responsabilidade parlamentar do ministério; mas antes à ideia tradicional de que os responsáveis dos erros de governo eram os maus ministros e não o bom rei que eles serviam.

O cuidado posto na repressão dos abusos incluía ainda a reintrodução de uma espécie das tradicionais Junta de confirmações régias, a celebrar "entre o fim de cada reinado e a subsequente aclamação", período em que as Câmaras reveriam "o governo concluído, e confirmando o que estiver

---

[322] Art. 80; embora se chame "Secretário de Estado" ao presidente de cada uma das "repartições" ...

[323] Nota ao art. 80.

[324] Nota ao tit. 10.

[325] Julgada pela Primeira Câmara (art. 82), em processos "públicos, divulgados pela imprensa". Sobre idêntica responsabilidade dos empregados públicos, v. art. 92 (julgamento pelos tribunais comuns). Era-lhes, em contrapartida, prometida uma garantia legal do seu estatuto, agora que a antiga garantia patrimonial dos cargos tinha desaparecido (cf. art. 93: "Leis regulamentares prefixarão o número, requisitos, admissões, promoções, suspensões, demissões, reformas, jubilações, aposentamentos, e despachos de serviços de todos os ditos empregados").

feito legalmente reformem os abusos introduzidos, sendo estes propostos e discutidos com as formalidades prescritas para os projectos de Lei, e com audiência dos Secretários de Estado a cujas repartições pertencerem"[326].

Em matéria de religião, tende-se para um pronunciado regalismo, que autoriza o rei a interferir fortemente na vida da Igreja "nacional". De facto, prevê-se que o poder temporal emita normas sobre a disciplina da Igreja, bem como a reunião de concílios trienais, congregados em lugar designado pelo rei, cujas decisões careceriam do *exequatur* deste e em que estariam presentes ministros régios ("para proporem e promoverem medidas conducentes ao progresso da boa Moral"). Em contrapartida, a propriedade eclesiástica era garantida (tit. 1). Porém, como o autor refere em nota, a geometria das relações entre o sacerdócio e o império podia variar, "dependendo tudo essencialmente da moral pública, e dependendo ela muito especialmente da [...] jurisdição que Sua Majestade deve dar à Igreja Lusitana". Embora não se permitisse aos portugueses a liberdade religiosa, introduzia-se um princípio de tolerância relativamente ao culto privado, por estrangeiros, de outras confissões cristãs, bem como ao "exercício" das "religiões pagãs" pelos "gentios" das "possessões ultramarinas"[327].

Ao fim – tal como aconteceria na *Carta* de 1826 – garantiam-se direitos, num título (o XIII) sobre a "segurança das pessoas e das propriedades", direitos que, segundo o hábil autor do projecto, eram "reconhecidos universalmente, e que convém repetir, para conciliar, e tranquilizar" (nota ao mesmo título). O catálogo era curto: juízes naturais, garantia contra a prisão sem culpa formada, liberdade de circulação, inviolabilidade do domicílio, propriedade, pagamento da dívida pública, anualidade dos impostos directos, liberdade de imprensa[328]. E confirmava-se o modelo judicialista de controlo da "constitucionalidade das leis", típico das monarquias de Antigo Regime: as leis anteriores apenas continuariam em vigor naquilo em que não contrariassem a "presente *Carta*" (art. 108); ao passo que, embora se sustivessem "os programas relativos aos códigos

[326] Art. 104. Segundo Dantas Pereira, "O tipo desta disposição é devido talvez ao Egipto, e existe ainda na China e na Grã-Bretanha; a combinação dele com as nossas Juntas de confirmação produziu o artigo em frente".

[327] Acaba por coincidir basicamente com o projecto final de Ricardo Raimundo; na primeira versão a liberdade de culto privado só era reconhecida aos estrangeiros a que tivesse sido reconhecida por tratado.

[328] Sem prejuízo da "censura prévia as obras que tratarem da moral e da religião", nem da regulação da "introdução de livros e folhetos estrangeiros" (XI.101).

civil, criminal, e comercial", reconhecia-se que essas matérias, podiam ser afectadas pelos "princípios prefixados nesta *Carta*" (art. 109)[329].

Em Agosto ou Setembro, uma comissão de três membros (o arcebispo de Évora, Trigoso e Ricardo Raimundo, que aí terá tido o papel principal) é encarregada de, com base no trabalho já feito, elaborar um projecto global da *Carta*. Aprontado em Setembro de 1823, é enviado a Palmela. As resistências ao projecto devem ter sido grandes, nos círculos próximos do rei e nas cortes europeias, sobretudo em Paris e em Madrid. Por isso, ele é esquecido, apenas tendo sido publicado, em 1967, por Manuel P. Merêa.

O projecto de Ricardo Raimundo Nogueira também caracterizava a monarquia portuguesa como moderada, "como sempre foi desde a sua origem"[330]. Mas também ele – e mais explicitamente ainda que o de Dantas Pereira – relacionava essa moderação com a existência de vários poderes, utilizando ideias e palavras que não eram as da teoria política do Antigo Regime: "O Poder Legislativo reside no Rei, junto com as Cortes de que é Chefe. O Poder Executivo pertence a El-rei exclusivamente. O Poder Judicial dimana de El-rei o qual nomeia os Tribunais e Juízes, que o exercitam em seu Nome e na conformidade das Leis".

É certo que, neste projecto, se retoma a fórmula tradicional, conservada na constituição inglesa, segundo a qual a representação do Reino estava cometida ao "rei em cortes" ("the king in parliament"). Ou seja, as próprias cortes – que tornavam o Reino visível (nesse sentido, o "representavam", o apresentavam publicamente, como no teatro) – não estavam completas sem o rei. Elas eram, de facto, constituídas pelo Rei junto com as ordens privilegiadas (nobreza e clero) e com os representantes da Nação – "As Cortes são compostas de El-rei e dos três estados do Reino, como sempre foram desde a fundação da Monarquia". Mas, quando se trata de definir a constituição das câmaras, tudo o que é moderno vem ao de cima. A câmara alta é, de novo, nomeada pelo rei sem atenção a antigos direitos de "estar em cortes", para além de consagrar, também, um critério censitário[331].

---

[329] A redacção deste artigo é pouco clara; mas parece querer dizer isto.

[330] Sobre Ricardo Raimundo e as suas ideias político-constitucionais, cf. Pedro Miguel Martins Gonçalves Caridade de Freitas, *Um testemunho na transição para o século XIX: Ricardo Raimundo Nogueira [...]*, cit..

[331] "A 1ª Câmara (ou Câmara do Clero e Nobreza) é formada de Deputados tirados destas ordens, como sempre se praticou desde a origem da Monarquia; unindo-se porem agora ambas em uma só Câmara" (com. pelo menos 4 contos de réis de renda).

A Câmara baixa, por sua vez, é formada pelos "Deputados Eleitos pela Nação"[332-333].

Correspondentemente com a manifesta supremacia do rei – que integrava ou dirigia os três poderes –, a "prerrogativa régia", como espaço reservado indispensavelmente ao soberano, aparece clara. Embora apenas "nas relações externas" lhe seja reconhecida a (inovadora) qualidade de "único representante da Nação", dele depende livremente a sanção das leis; é o comandante supremo das forças armadas; dirige sem limites a política externa; é o "supremo distribuidor" dos actos de graça, é o "protector e defensor nato da Igreja Lusitana"; "convoca, prorroga, e dissolve as Cortes" e nomeia os presidentes das duas câmaras; "faz os Regimentos e ordenanças necessárias para a execução das Leis e segurança do Estado"; é não responsável perante a Nação, "recaindo unicamente a responsabilidade sobre seus Ministros e Secretários de Estado"[334].

Em todo o caso, também neste projecto o rei perde a prerrogativa de, por si só, fazer leis, que terão necessariamente que ser discutidas e aprovadas em cortes, por iniciativa do governo (com a autorização do rei) ou de qualquer dos membros das câmaras. Apenas se ressalva o caso de providências urgentes a tomar no intervalo da reunião das cortes[335], aquilo a que – na vigência da *Carta* de 1826 – se chamará legislação ditatorial, e a que se dará um regime idêntico[336].

---

332 "A 2ª.Câmara é formada do Deputados eleitos pelo Povo, na forma e com as solenidades que se estabelecerem na Lei das Eleições. As Eleições serão directas, sendo os Deputados nomeados pelos Cidadãos que tiverem as qualidades necessárias para serem Eleitores. Os Elegendos devem ter 30 anos completos, e uma renda certa e conhecida que não seja menor de 400 000 rs. Anuais".

333 Em todo o caso, estava expressamente proibida a reunião conjunta das duas Câmaras, excepto "para a abertura e cerração das Cortes, ou em outras ocasiões de formalidade em que El-Rei assim o determinar".

334 Esta responsabilidade depende da referenda doa actos do rei ("Para se constituírem responsáveis pelos actos expedidos por suas respectivas Secretarias, devem assinar todas as Ordens que baixarem pelo seu expediente, e que forem relativas ao Ramo de administração pública de que estão encarregados").

335 "As Cortes são convocadas por El-Rei ao menos do 3 em 3 anos. Cada Legislatura dura 6 anos".

336 "Ocorrendo algum caso extraordinário que exija pronta providência, e deva por sua natureza ser decidido em Cortes, a tempo que elas não estiverem reunidas, poderá El-Rei resolvê-lo, tendo ouvido primeiramente seus Ministros e Conselheiros de Estado. Esta Resolução porem será apresentada as Cortes na primeira Sessão para a aprovarem ou reprovarem, respondendo especialmente por ela os Ministros que a houverem aconselhado".

Assim como perde o poder tributário, uma vez que "os tributos são impostos em Cortes, principiando a discussão [...] na 2ª câmara [câmara baixa]". Também os Secretários de Estado teriam informar as cortes acerca dos negócios de Estado e, muito particularmente, o Ministro da Fazenda seria "obrigado a dar conta da receita e despesa do Erário desde o tempo das últimas Cortes".

Em contrapartida, reserva a prerrogativa de vetar as leis, bem como a de iniciar qualquer projecto de alteração da "*Carta* de Lei fundamental"[337].

Tal como no projecto Dantas Pereira, as liberdades e garantias vêm no fim: igualdade perante a lei, perante o fisco e perante o foro; liberdade de indústria; garantia da propriedade (incluída a eclesiástica); proibição de prisão sem lei que a preveja; inviolabilidade de domicílio; abolição de penas infamantes ou cruéis; direito de petição. A liberdade de pensamento não vem expressa (excepto para os membros das cortes, antes sendo declaradas como "instituições perigosas, e contrárias ao bem da Religião e do Estado" as associações secretas, sendo os "seus membros, e as pessoas que com eles tiverem relações concernentes ao fim das mesmas associações" reputados como "inimigos do Estado, e como tais castigados com as penas da Lei". Mas é garantida a "publicação dos seus pensamentos por meio da imprensa", embora se punam os abusos dela, se "acautelem [...] igualmente os que podem resultar da introdução de livros vindos do Países estrangeiros" e se mantenha a censura prévia para "as obras que tratarem *ex professo* do dogma e Religião Cristã".

Enfim, dois projectos que procuram acomodar as novas ideias políticas com a tradição, no seio de um projecto que, sem deixar de ser socialmente inovador, procurava reagir contra as ideias de soberania popular e de uma monarquia em que o rei não tivesse um poder originário e hegemónico.

O outro "Rascunho incompleto de uma *Carta* de Lei Fundamental", publicado por Paulo Merêa sem indicação da sua autoria, é muito mais tradicional do que os anteriores, apontando apenas para a reunião das cortes, embora totalmente remanejadas na sua estrutura e processo de convocação ("fazendo reviver este venerável estabelecimento nacional,

---

[337] Esta não poderá ser levada a cabo pelas cortes ordinárias, mas apenas por cortes expressamente convocadas pelo rei para esse efeito "declarando no diploma da convocação quais são os ditos artigos e mandando que os Deputados venham munidos de poderes especiais para os suprimir ou emendar".

corrigido das imperfeições que teve na sua origem"); para lhes confiar as futuras reformas, "que estejam em harmonia com as opiniões do século presente, em que os conhecimentos das ciências políticas, e económicas se tem adiantado sobremaneira", "de tal sorte que da combinação destes elementos se forme um Governo justo e moderado, que sustentando as prerrogativas da Coroa do Reino, proteja e defenda com igual firmeza a propriedade, a segurança, e a liberdade de todas as classes". A referência à intervenção das cortes na feitura das leis constara do texto, mas aparece riscada na versão encontrada e publicada.

Outros projectos poderão ter sido enviados à Junta. Um deles, da autoria de Alberto Carlos de Menezes, deputado vintista e autor de um projecto de reforma dos forais[338], foi-o concerteza e é hoje conhecido[339]. Embora muito mais desenvolvido do que os anteriores (tem 153 artigos), o projecto é, no fundamental, semelhante aos anteriores, configurando o regime como monárquico moderado, prevendo a existência de cortes, divididas em três braços, e de convocação facultativa, com atribuições legislativas, necessárias para a promulgação ou derrogação de leis gerais e de códigos, sujeitas ao veto real, embora este não fosse possível no caso (muito improvável) de votações unânimes nas cortes. O seu traço mais interessante e singular é o facto de prever algo que se assemelha a um controle da "constitucionalidade" das leis, a cargo do Chanceler-mor do Reino. De facto, este examinar e rever todos os diplomas régios, consultas e resoluções dos tribunais, devolvendo ao rei, com nota das suas reservas, os que fossem contrários às leis gerais de Cortes, códigos legislativos ou Carta de Lei Fundamental. Realmente, mais do que de uma inovação, tratava-se de manter a função tradicional do Chanceler, de verificar a jurisdicidade das leis e outros actos régios[340].

Entretanto, a Junta vai sobrevivendo, embora sem actividade. E a promessa real de uma nova constituição permanece incumprida. Em meados de Dezembro de 1823, a Junta é de novo convocada pelo seu presidente para que, salvando a face do rei, aconselhe o monarca a... não publicar

---

338 *Plano de reformas de foraes e Direitos banaes, fundado em um novo systema emphiteutico nos bens da Corôa, de corporações, e de outros senhorios singulares*, Lisboa, 1825.

339 José Henrique Dias, "A Carta *prometida* [...]", cit., 564 ss..

340 Cf. José Henrique Dias, "A Carta prometida [...]", cit., 569. Mais tarde, nas cortes de 1837, Almeida Garrett salientará, justamente, a imprudência que fora a extinção do cargo de Chanceler-mor, na sua função de garante do direito (cf. *supra*, cap. 8.7.5).

qualquer constituição e a reunir, em contrapartida, as antigas Cortes[341]. Relutantemente e divididos[342], os membros da Junta aceitam a sugestão e pronunciam-se mesmo pela dissolução da comissão, o que vem a ter efectivamente lugar a 5 de Junho de 1824, dia seguinte ao da publicação da *Carta* de Lei (de 4.6.1824) convocando as Cortes à maneira antiga.

Esta *Carta* de Lei revela bastante bem o modo como certas ideias novas se tinham introduzido mesmo no discurso contra-revolucionário. Ou – pondo as coisas de outra maneira –, como este discurso carecia da invocação de tópicos modernos para lograr impor-se.

Nesta Carta de Lei, o rei declara ter pretendido da Junta uma nova carta "conforme aos antigos usos, opiniões e hábitos *da nação*, e regulada pelos mais sãos princípios de direito público e particular, sobre que se estabeleceu a monarquia, pura, independente e moderada por leis sábias e justas, segundo as quais se administra a justiça, segura-se a cada um o seu direito, castigam-se os crimes e se decidem os pleitos entre os indivíduos de todas as classes, por meio de ministros e tribunais, em que se apura a verdade e a justiça, e se aplica a lei". Aparte a referência à "nação", não há muito nestes propósitos que não pudesse ser subsumido à concepção tradicional do reino; e, se descontarmos a expressão "princípios de direito público", de marcado cunho iluminista, tudo seria mesmo subsumível às ideias mais tradicionais de constituição política e de governo[343].

É claro que, mantida esta constituição do reino, não haveria muito mais a fazer do que, regressando à constituição tradicional, "declarar em vigor as antigas cortes portuguesas, compostas dos três estados do reino, clero, nobreza e povo, as quais não haviam sido convocadas há muito mais de um século, para se convocarem e juntarem quando me parecesse,

[341] A convocação das cortes à maneira antiga, para alem de poder ser apenas um meio dilatório, resolvia também um problema de teoria politico-constitucional, sobretudo levantado pelas correntes tradicionalistas: o rei, no seu juramento de coroação, teria jurado a constituição tradicional e isso impedi-lo-ia de a alterar, pelo menos sem que a representação do reino a desobrigasse do juramento. Este era, par exemplo, o ponto de vista de Alberto Carlos de Menezes (*Plano de reforma dos forais*, Lisboa, 1825, 242); vejam-se ainda as fontes citadas por Manuel P. Merêa, *O projecto...*, cit., 9 n. 8, 12 n. 12, 14 n. 15 e 17 n. 21, bem como a correspondência do embaixador francês Hyde de Neuville com o conde de Subserra, em que se aconselha a reunião prévia das cortes, à maneira tradicional (cf. ms. B. N. L., cods. 228 e 149, cit. por Rafael Ávila de Azevedo, na introdução as *Cartas inéditas do Conde de Subserra (1818-1825)*), "Bol. Inst. Hist. da Ilha Terceira", vols. 29-33, 1975, 183.

[342] V. F. M. Trigoso de Aragão Morato, *Memórias...*, cit., 193 ss..

[343] Como justiça ("dar a cada um o que é seu", respeitar os direitos de cada um).

conforme a antiga pratica, foros e uso da nação"; para que, também na forma tradicional, o rei ouvisse as queixas do reino e as provesse conforme o seu parecer[344].

Porém, na Carta de Lei, o rei recorda que, no decreto que mandara instituir a Junta, se apontara para algo de mais moderno, ou seja, para a "intenção de que a carta de lei fundamental fosse acomodada à forma dos governos representativos estabelecidos na Europa, e às mútuas relações das diferentes partes da monarquia portuguesa", o que implicava que "não podia deixar de haver uma representação nacional", embora esta devesse ser tal, "que estivesse em harmonia com os princípios antecedentes, e que o ser acomodada à forma de outros governos representativos não significava que houvesse de ser idêntica". Agora, vem pretender que justamente nas antigas cortes "existia [...] uma verdadeira representação nacional, em que o povo é representado por seus procuradores, o clero e nobreza, por aqueles de seus membros que nelas têm voto". Isto, porém, já não era tradicional; era moderno.

Tirando partido desta ambiguidades, que procuravam acomodar a constituição tradicional a certas ideias modernas – como a da soberania nacional – ou, pelo menos, de governo representativo –, o rei resolve "declarar em seu pleno vigor a antiga constituição politica", convocando "os três estados do reino", a fim de que estes lhe apresentem "nos capítulos e consultas, na forma antigamente praticada, segundo as suas regalias e privilégios, o que convier a cada um dos braços dos mesmos estados, e for a bem do comum dos meus povos, engrandecimento da monarquia"; mas compromete-se ainda – coisa que também não fazia parte da constituição tradicional, ao "estabelecimento de períodos certos e determinados para as sucessivas reuniões das mesmas cortes".

A Carta de Lei cria, então, uma nova Junta, destinada a preparar o trabalho das Cortes – decerto também neste aspecto –, e se comunica às potências estrangeiras, por circular de 9.6, que o rei ia outorgar em breve uma lei fundamental "fundada quanto possível sobre as antigas leis do reino, aperfeiçoada como pede o século em que vivemos e tendo em vista as instituições das outras monarquias constitucionais"[345].

---

344 "A fim que, respondendo aos diversos objectos sobre que as mandasse ouvir, fizessem subir a minha real presença, segundo os termos em todas as antecedentes cortes praticados, os capítulos e consultas sobre as necessidades públicas, bem comum dos meus vassalos, guarda dos seus foros, direitos, administração da justiça, remédio aos vexames públicos e particulares, prosperidade e aumento da monarquia".

345 V. Manuel P. Merêa, *Projecto...*, 15-16.

As Cortes não chegaram, é certo, a reunir; mas, nos bastidores da alta política, os círculos constitucionalistas moderados – cujo *pivot* parece ter sido Palmela – continuavam activos. Em carta ao rei, de 12 de Outubro de 1824, Palmela, então ainda ministro dos Negócios Estrangeiros, refere-se a um para nós misterioso contra-projecto, que andava a ser discutido no Conselho de Estado e em relação o qual o próprio monarca exprimira a sua opinião, no sentido de que seria preciso não destruir os "atributos essenciais da soberania em quanto se declarava que ela residia em Vossa Majestade"[346]. Parece que este "contra-projecto* teria chegado a redacção definitiva, tendo sido mesmo enviado as cortes estrangeiras[347].

---

[346] "Igualmente remeto os três artigos que emendei no Contra-*Projecto* atendendo as observações mais acertadas que ontem se fizeram no Conselho de Estado e principalmente as acertadíssimas reflexões que Vossa Majestade mesma se dignou sugerir de que era preciso não destruir as atributos mais essenciais da soberania em quanto se declarava que ela residia em Vossa Majestade. Parece-me que as emendas corrigem em grande parte o que os sobreditos artigos continham de menos claro". Carta do marquês de Palmela ao rei, de 12-10-1824 (B. N. L., ms. n.° 149, n.° 216 do Fundo Geral).

[347] Em carta de 10 de Novembro ao conde de Subserra, seu colega no ministério, Palmela relata uma conversa tida sobre este "contra-projecto" com o embaixador de Inglaterra, Sir Villiam Accourt, da qual resultara uma opinião sombria: "não há resposta oficial, mas pelo que vejo não me parece provável que seja aceite". E, no entanto, a diplomacia inglesa parecia estar muito interessada na outorga de uma carta constitucional pelo rei português (cf., designadamente, sobre este empenho de W. Accourt na instauração de um regime constitucional em Portugal, Nuno Espinosa Gomes da Silva, "*Projectos* de constituição entre a Vila-francada (1823) e a morte de D. João VI (1826)", em *Revista jurídica. Associação de Estudantes da Faculdade de Direito de Lisboa*, 1979, 114-115. Par outro lado, Trigoso relata que a mesmo Accourt fizera diligências indirectas junta dele para o convencer a exercer influência junta do rei no sentido da outorga de uma carta constitucional. Perante a recusa de Trigoso, a futuro Lord Heitisbury comunicara também indirectamente a Trigoso que a sua intervenção já não era necessária, pois o rei estava convencido (F. M. Trigoso de Aragão Morato, *Memórias...*, cit., 229 s.). Isto passou-se em Janeiro e Fevereiro de 1826; a rei morreu em 10 de Marco. O que confirma a versão, confidenciada por W. Accourt a Mouzinho da Silveira por ocasião da morte de D. João VI, de que "com mais 15 dias estava tudo feito, ele (o rei) já me tinha prometido a Carta" (*apud* N. E. Gomes da Silva, *Projectos de constituição...*, cit., 115). A citada carta de Palmela ao conde de Subserra (Manuel Inácio Martins Pamplona) encontra-se no mesmo maço de correspondência de Palmela citado na nota 347. De muito interesse, também, a correspondência e diário do conde de Subserra existentes na B. N. L., cxs. 149 e 228). Também de Paris e de Madrid as noticias eram, paradoxalmente, animadoras. Por vias diplomáticas, Palmela soubera que "o nosso contra-projecto agradara nas Cortes de Madrid e Paris e que podemos contar com a plena aprovação dos aliados do norte". Esta carta encontra-se no mesma maço de correspondência citado nas notas anteriores. Aí,

Não se sabe o que seria este "contra-projecto" a que Palmela se refere (a Subserra) como "nosso". Também o rei parecia ter as suas ideias sobre o assunto. Na verdade, não só participara na discussão do "contra-projecto" Palmela-Subserra como, segundo testemunho da época, deixara no seu espólio "um projecto de constituição escrito pela sua letra"[348].

Porém, este emaranhado de projectos não acaba aqui. Em fins de Setembro de 1823, pouco depois do aprontamento do projecto oficial da Junta e da sua entrega, Palmela confidenciara a Trigoso as dificuldades que havia na aprovação do projecto da Junta. Para desempenhar a palavra do rei, preconizava um texto curto, reduzido a muito poucos artigos e em que fosse patente a conexão destes com o direito tradicional. Trigoso, perguntado sobre a sua opinião e crendo ser possível compatibilizar os pontos de vista constitucionalistas moderados com o "direito tradicional", é encarregado por Palmela de redigir uma memória sobre o assunto[349]. E, de facto, escreve-a[350].

A memória e projecto de Trigoso dão também corpo à estratégia reformista em que se inserem os projectos anteriores.

As duas grandes linhas de força da argumentação do texto de Trigoso são, por um lado, a necessidade urgente de proceder a reformas institucionais e, por outro, a de compatibilizar essas reformas com a manutenção da constituição tradicional.

A necessidade de reformas decorreria, não apenas do dever de respeitar as promessas régias feitas após a Vila-francada, sobretudo as referentes à outorga de uma carta constitucional, contidas no diploma de cria-

também, outra interessante correspondência de Palmela, entre a qual uma carta a Subserra, de 19-8-1824, em que ele expõe a seu programa político. José Henrique Dias aventa que este projecto seja o de Alberto Carlos de Menezes (cf. "A Carta prometida [...]", 565).

[348] Esta informação, veiculada par N. E. Gomes da Silva, *Projectos de constituição...*, cit., 115, encontra-se em José Liberato Freire de Carvalho, *Ensaio histórico-político sobre a constituição e governo do reino de Portugal*, Paris, 1830, 288-289, (que a colhera do "Foreign Quarterly Review", n.° 3 Fevereiro de 1828).

[349] Cf. F. M. Trigoso de Aragão Morato, *Memórias...*, cit., 87 s..

[350] Isso sabia-se pelo seu próprio testemunho e também pela notícia dada por Inocêncio (Cf. Inocêncio Francisco da Silva, *Dicionário...*, II, 461, n.° 1420). Hoje, encontra-se na parte do espólio de Trigoso, conservado na Biblioteca Nacional, ms. 183, n.° 6 do Fundo Geral. O título confere com a referida pelo próprio Trigoso nas suas *Memórias* (p. 188), "Memoria em que se mostra qual é a forma de Governo Monárquico mais apropriada às Instituições antigas de Portugal, e mais digna de se adoptar nas nossas actuais circunstancias".

ção da Junta, mas ainda da urgência de pôr termo a um "vicioso sistema" da "administração interna" (p. 2 v.), estabelecendo um outro "novo e bem combinado" que promovesse a felicidade pública e desvanecesse as ilusões revolucionárias (p. 2 v..).

Já a necessidade de compatibilizar estas reformas com a constituição tradicional se justificaria por razões, quer jurídicas, quer politicas.

Entre as primeiras estava a preocupação de não dar razão aos legitimistas na questão da impossibilidade em que o rei estaria de alterar a lei fundamental do reino, por ele jurada no auto de aclamação. Ao contrário dos ultra-realistas, que liam a constituição tradicional no sentido de um "absolutismo puro", Trigoso crê que a lei fundamental da monarquia teria estabelecido, desde sempre, uma monarquia "temperada" em que o rei compartilhava o seu poder, sobretudo nos domínios legislativo e financeiro, com as Cortes[351]. Nesta medida, a convocação das Cortes seria possível sem violação da lei fundamental jurada. Já outras reformas constitucionais, qualquer que fosse a sua utilidade e oportunidade, estariam vedadas antes da consulta aos três estados do reino.

São sobretudo estes argumentos de ordem jurídico-constitucional que levam Trigoso a elaborar um projecto constitucional que apenas contém preceitos relativos às cortes e que, nesta medida, se aproxima do curto projecto anónimo, publicado por Manuel P. Merêa[352].

Neste sentido de um projecto "de poucos artigos" – que também era a estrutura proposta inicialmente por Palmela – militavam ainda razões de ordem politica[353]. Trigoso, tendo analisado a conjuntura política portuguesa (p. 30 v), considera indispensável "interessar as ordens do Estado" (p. 2 v.) e as cortes aliadas estrangeiras, nomeadamente as francesa e inglesa (p. 30 v.) na reforma das nossas instituições. Isto só se conseguiria, na sua opinião, se do texto constitucional fossem arredadas as discussões abstractas (p. 1) e as declarações polémicas "de certos princípios abstractos e de expressões que a cada passo se encontram nas Constituições e nos

---

[351] Trigoso defende, além disso, que o rei sempre poderia alterar a lei fundamental, pois se – como queriam os legitimistas – o poder real era tão absoluto, ele seria bastante para alterar no sentido moderado a Constituição do Reino (v. *Memoria*..., p. 2 v.°). Já António Ribeiro dos Santos exprimira o mesmo ponto de vista, como se viu (cf., antes, 4.2).

[352] Manuel P. Merêa, *Projecto*..., cit., 32 ss.; não parece líquido que o primeiro destes projectos esteja incompleto, como crê Merêa (p. 62) – as "algumas outras providências" podem referir-se a inovações do direito tradicional relativas as próprias Cortes.

[353] Cf. Manuel P. Merêa, *Projecto*..., p. 98.

Publicistas modernos"; na sua opinião, fora isso, em boa medida, o que tornara odiosa a revolução vintista. Assim, do seu projecto não constarão muito de propósito declarações doutrinárias sobre a sede do poder, a iniciativa das leis, a natureza absoluta ou suspensiva do veto. O projecto ficaria, porventura, muito incompleto – faltar-lhe-ia, sobretudo, a "indicação dos direitos civis dos Portugueses, que constituem a sua liberdade politica, a qual El-rei lhes afiançou na sua primeira proclamação" (p. 33); mas, ainda, o desenvolvimento de muitos dos seus artigos (p. 32 v.). Note-se que esta mesma estratégia de elidir as questões mais escaldantes da teoria política é adoptada na *Carta* constitucional de 1826, onde nada se diz, por exemplo, sobre a origem e sede da soberania. Em contrapartida, esta prudente e discreta fórmula constitucional ganharia em "autenticidade" – pois da carta constitucional a conceder apenas constariam disposições de "cunho português" (p. 21 v.) – e "legitimidade" – pois um projecto como o apresentado poderia ser facilmente aprovado pelas Cortes, convocadas à maneira tradicional – e receberia, por isso, uma nova força, sobretudo perante a opinião tradicionalista (p. 32 v.).

Trigoso prevê que o processo constituinte se desdobre em várias fases. Na primeira, seriam promulgados, por carta de lei, os 24 artigos do seu projecto e uma declaração dos direitos políticos dos cidadãos. Numa segunda, pelo meio discreto dos alvarás, regular-se-iam as eleições e o funcionamento das Cortes e seriam introduzidas as disposições complementares dos primeiros 24 artigos. Numa terceira, seriam propostas em Cortes as medidas legislativas introduzindo reformas institucionais mais detalhadas[354].

A tradição ("autenticidade", "cunho português") devia ser, assim, a fonte principal da *Carta*. Embora a tradição sofra, no discurso de Trigoso, uma dupla operação de actualização. Por um lado, Trigoso não atribui à tradição um valor absoluto. Subsidiário de uma linha de tratamento que entronca no iluminismo – e que, em Portugal, tem uma manifestação característica nas regras de hermenêutica histórico-jurídica propostas nos Estatutos Pombalinos de 1772 –, Trigoso propõe uma metodologia de trabalho em que o conhecimento das instituições de outrora serve apenas para adoptar as mais adequadas ao estado actual e não para imitar servilmente as antigas, mantendo em vigor instituições já obsoletas. Daí que Trigoso não se canse em realçar, em relação às instituições a reformar, a sua fonte nas circunstâncias particulares e mutáveis da época em que sur-

[354] Cf. *Memoria*..., pp. 33 ss..

giram; fá-lo, por exemplo, acerca dos poderes jurídicos e políticos da nobreza e do clero na nossa monarquia medieval (pp. 3-4).

Mas ainda mais interessante é outra operação plástica efectuada por Trigoso – consciente ou inconscientemente – sobre o corpo da tradição. Trata-se da reinterpretação das instituições tradicionais à luz das instituições e dos projectos jurídicos e políticos contemporâneos. De facto, Trigoso opina que se pode "tomar a liberdade de atacar alguma das antigas práticas, nos casos em que estão alteradas as diversas instituições em que estas eram fundadas. Pois que homem dotado de bom juízo poderá pretender que não se inove já coisa alguma em usos e costumes de si mesmos vários e incertos, e que tendo cessado inteiramente há mais de um século, não poderão hoje achar-se conformes às circunstâncias e necessidades do reino, sem que sofram alguma alteração ou emenda? Quem entre os que hoje vivemos se poderá queixar da mudança de antigas instituições que nós e nossos pais nunca conhecemos, e de que quase todos apenas conservam uma imperfeitíssima tradição? Quem poderá negar, que o mesmo poder que tinham os antigos monarcas para adoptarem já hum já outro arbítrio afim de constituírem as cortes, o tem Sua Majestade para admitir as modificações que julgar convenientes? Para imitarmos os antigos não necessitamos de calças e gibão, nem de sair hoje de jaqueta e golinha; façamo-lo sem a servidão e com gosto livre;... Basta pois que o todo da formação das nossas futuras Cortes, seja conforme as práticas antigas, e tenha, por assim dizer, cunho Português; basta que as modificações sejam feitas com muito parcimónia e sobriedade; então ninguém dirá prudentemente que a nossa Constituição fica essencialmente alterada" (*Memória...*, pp. 21 e 21 v.).

Os exemplos de aplicação desta estratégia no uso da tradição são vários.

O primeiro deles é a tentativa de aplicar a nova ideia de divisão de poderes – e o novo sentido da divisão e hierarquização das funções do Estado – à organização politica medieval. Isto consuma-se na atribuição à legislação medieval de um conceito e estatuto político-constitucional que ela não tinha. A legislação medieval (na qual inclui os forais) teria um lugar primacial no ordenamento jurídico, desempenharia um papel fundamental na garantia dos direitos dos particulares contra o rei; nesta medida, "nada seria mais inaudito do que o rei legislar sozinho" (p. 7), cabendo este "poder legislativo" (a expressão é usada) em exclusivo às Cortes. Sobretudo se se tiverem bem presentes os conceitos dominantes no período do direito comum acerca do conceito de lei e do seu lugar no seio

do ordenamento jurídico[355], acerca dos poderes do rei em relação à lei e acerca da participação das Cortes na formação das leis[356], logo se verá em que termos esta "auscultação" da tradição representa uma projecção falsificadora da dogmática jurídica contemporânea sobre uma realidade histórica imbuída de princípios totalmente diversos.

Esta primeira "falsificação" leva a outras, nomeadamente a relativa ao papel constitucional das Cortes de Antigo Regime. Trigoso vê-as, à maneira dos modernos parlamentos, como a expressão do principio representativo que obrigava a que os súbditos participassem, através dos seus delegados, na condução suprema dos negócios do Estado (cf. pp. 6 e ss). Assim se explicaria o facto de os reis recorrerem às Cortes para legislar, bem como a participação obrigatória das Cortes no lançamento de tributos (que Trigoso amplia, significativamente, ao controle das despesas públicas, a fim de poder fundamentar os poderes orçamentais das novas Cortes). A forma como estes factos estavam dependentes da estrutura "pluralista" da organização politica medieval – da "partilha" social do poder politico e não apenas da "divisão" institucional de um poder politico estadual uno – e radicavam numa concepção "corporativa" da sociedade é obscurecida, no discurso de Trigoso, por uma visão parlamentarista justificadora dos seus projectos político-constitucionais[357].

Outro passe de mágica transforma o conceito medieval de "bem comum" – em que a dialéctica entre o bem de todos e o bem de cada um não implica (antes exige) a permanência e inviolabilidade dos interesses particulares – no conceito moderno de "bem geral", uma espécie de média formal, aritmética e planificadora dos bens particulares, totalmente avessa as concepções corporativo-feudais (cf., v. g., a utilização feita da célebre frase de António Pinheiro, p. 22).

---

[355] Cf. A. M. Hespanha, *Cultura juridica ...*, 118 ss..

[356] A. M. Hespanha, *História de Portugal moderno ...*, 280 ss..

[357] A releitura "parlamentarista" da história constitucional do Antigo Regime não é exclusiva de Trigoso. Na época, fizeram-na também outros políticos (v.g., José Liberato Freire de Carvalho) e mesmo historiadores (em Espanha, v.g., Martinez Marina; em Portugal, v.g., Coelho da Rocha). Sobre idêntica contaminação actualista da historia parlamentar na historiografia europeia, E. Lousse, *La société d'ancien régime. Organisation et representation corporatives*, Louvain-Bruges, 1943; em contrapartida, contra o "corporativismo" (também ideológico) de E. Lousse, H. CAM, *The International Comission for the history of representative and parliamentary institutions*, em "Récueil des travaux", 111--145, Löven, 1952.

A própria ideia de responsabilidade parlamentar dos ministros, como forma de desresponsabilizar a pessoa do rei, aparece como fundada na história, para tal se indo buscar o exemplo do julgamento de Francisco de Lucena no reinado de D. João IV (p. 27)[358].

Finalmente, também o novo conceito de "publicidade" e a nova valoração do seu papel politico, correlativo das novas relações entre a opinião publica e o poder politico, são espelhados na história. A essa luz são valoradas anacronicamente certas instituições[359].

Como já se disse, o projecto de Trigoso resume-se a 24 artigos relativos, todos eles, às Cortes. Os princípios dominantes são:

a) Atribuição em exclusivo do poder legislativo (art. 1) e da competência tributária e financeira (art. 2) às Cortes, constituídas por duas câmaras (arts. 8 e 21), uma formada por representantes do clero e da nobreza nomeados vitaliciamente pelo rei (arts. 6 e 8) e outra por "procuradores do povo" (art. 9) eleitos pelos cidadãos dos concelhos (art. 10), segundo um sistema eleitoral de base censitária (art. 14);

b) Reunião ordinária das cortes de três em três anos e no início de cada reinado (arts. 3 e 4);

c) Atribuição ao soberano, em exclusivo, da iniciativa legislativa (art. 17), embora os Três Estados lhe possam propor projectos de novas leis ou a derrogação e modificação de leis existentes (art. 18);

d) Atribuição à câmara do "Terceiro Estado" da precedência na discussão dos assuntos tributários ou financeiros (art. 22);

e) Estabelecimento do principio da responsabilidade jurídico-penal do ministério perante as Cortes, cabendo ao "Terceiro Estado" deduzir a acusação e aos dois restantes o julgamento (art. 23).

Em resumo, trata-se de mais um projecto de constituição tipicamente reformista, mas menos ousado do que alguns dos anteriores. O que se explica pelo contexto acima citado, em que o objectivo era o de apresentar algo de ainda menos inovador do que o projecto da Junta. O princípio monárquico domina a organização politica, domínio esse que se traduz na existência de um poder determinante do rei no domínio legislativo (garan-

---

[358] Na verdade, um caso isolado e estreitamente relacionado com os sucessos da Restauração de 1640, pois na teoria do direito comum e da teologia moral o rei, de facto, governava e era responsável por isso, perante Deus e, para alguns, perante os próprios súbditos.

[359] Cf. p. 28, sobre o carácter não público, e logo, prejudicial, das reuniões dos braços das Cortes.

tido pela necessidade de sanção régia das leis) e no carácter não electivo da câmara alta (não estando sequer limitado o número dos seus membros). O reconhecimento do princípio da responsabilidade politica do ministério perante as Cortes não figura no projecto mas, como aconteceu, depois, na vigência da *Carta* constitucional de 1826, poderia acabar por constituir uma consequência da responsabilização penal dos Ministros que, para evitar o risco de acusação penal (*impeachment*), pediriam a demissão.

Muitos destes traços mantêm-se na *Carta Constitucional* de 1826, que, neste sentido, representa a continuidade dos projectos político-constitucionais do reformismo dos finais do Antigo Regime.

Não está claramente determinada a influência que poderão ter tido estes projectos de 1823 e 1824 sobre a *Carta Constitucional* de 1826[360]. Que relação terá existido, por exemplo, entre o "projecto Accourt" (a que se referem várias fontes[361]) e o texto metido por Charles Stuart na mão do rei? António Ribeiro Saraiva[362] refere que uma das principais fontes da *Carta* teria sido um esboço de constituição redigido por Palmela[363]. Mas Saraiva não devia estar muito a par do que se passava no interior dos círculos constitucionalistas. Seja como for, raríssimas são as soluções da *Carta* que não estejam contempladas em alguns dos vários projectos antes referidos.

Quadro sinóptico do conteúdo das constituições e projectos constitucionais até 1826

	C.1822	JMDP	RRN	Anón.	FTAM	C.1826
Soberania						
Do rei exclusivamente						
Do rei e das Cortes			x		x	
Do rei e da Nação						
Da Nação	x					
Omite a questão						
Poder constituinte						
Não existe						
Só existe com a reunião das cortes tradicionais					x	

[360] Cf. 11, p. 83.

[361] Cf. p. 74.

[362] Cit. por Rafael Ávila de Azevedo na introdução as *Cartas inéditas do Conde de Subserra (1818-1825)*, "Boletim do Instituto Histórico da Ilha Terceira", vols. XXIX-XXX, XXXI-XXXII-XXXIII (concentrados num só, publicado em 1975), 184].

[363] Cf. *Traduction d'une lettre d'un individu a son ami sur les affaires actuelles du Portugal, publiée par un ami de !a légitimité et de la justice*, Paris, 1828, VII-VIII.

	C.1822	JMDP	RRN	Anón.	FTAM	C.1826
Só o de adaptação da constituição tradicional		x		x	x	
Existe plenamente	x		x (?)			
Representação do Reino						
Reside no rei				x		
Reside no rei e nas Cortes		x				
Reside exclusivamente nas Cortes	x					
Estrutura das Cortes						
Nos três braços tradicionais						
Em duas Câmaras		x	x	x	x	
Uma só Câmara	x					
Obrigatoriedade de convocação periódica das Cortes		x	x	x	x	
Livre dissolução ou encerramento das Cortes pelo rei			x	x	x	
Designação dos membros da "câmara baixa"						
Designação directa dos procuradores pelas câmaras				x	x	
Designação pelas Câmaras de "eleitores"		x				
Sufrágio "nacional"			x			
Existência de censo mínimo		x	x	x	x	
Iniciativa legislativa						
Só do rei					x	
Também das cortes	x	x	x	x		
Discussão e votação das leis nas Cortes	x	x	x	x	x	
Veto real absoluto		x	x			
Prerrogativas da Câmara baixa relativas a impostos	x	x	x		x	
Responsabilidade dos ministros						
Só perante o rei						
Penal, perante as Cortes	x	x	x		x	
Política, perante as Cortes						
Obrigatoriedade de referenda ministerial dos actos do rei	x		x			
Declaração de direitos e garantias	x	x				
Religião oficial	x	x	x			
Normas de disciplina interna da Igreja		x	x			
Tolerância de culto privado para estrangeiros	x	x	x			

	C.1822	JMDP	RRN	Anón.	FTAM	C.1826
Liberdade de imprensa	x	x	x			
Censura prévia de escritos sobre religião		x	x			
Igualdade						
Perante a lei	x		x			
Perante o fisco	x	x	x			
De foro	x	x				
Propriedade						
Expropriação com indemnização	x	x	x			
Garantia expressa da eclesiástica		x	x			
Liberdade de indústria	x		x			
Nulidade das leis anti-inconstitucionais		x				

10. A RESTAURAÇÃO

As manifestações contra-revolucionárias de 1823 e de 1824 correspondiam ao panorama da Europa continental, dominado pelos resultados do Congresso de Viena (1.10.1814-9.6.1815), completado pelo estabelecimento da Santa Aliança pelo tratado de Paris de 26.9.1815), ao qual Portugal tinha aderido, por notificação de 3.12.1817, com a expressa declaração solene de que "os monarcas que não tinham outro objecto mais que de manifestar à face do universo a sua determinação inalterável de não tomar como regra da sua conduta, quer na administração dos seus respectivos estados, quer nas suas relações politicas com qualquer outro governo, senão os preceitos da religião eterna do divino Salvador, preceitos de justiça, de caridade e do paz, os quais, longe de só serem aplicáveis à vida privada, devem pelo contrário influir directamente nas resoluções dos príncipes e guiar todos os sons passos, como o único meio de consolidar as instituições humanas, e do remediar as suas imperfeições".

Mais tarde – já depois das revoluções constitucionais de Espanha e de Portugal –, os congressos de Troppau (10.1820) e de Laibach ([hoje, Liubliana, Eslovénia], 01.1820) decidiram pôr termo aos regimes revolucionários de Madrid, Lisboa, Nápoles e Turim. Em 1821, a Áustria resolve o problema napolitano e turinense; em Agosto de 1823, a França, o problema espanhol, em cujo trono se restaura Fernando VII. Restava Portugal, onde, a partir da Vila-Francada (17.5.1823), o liberalismo estava moribundo. Logo a 31 desse mês, o rei publica uma proclamação, segundo a qual as instituições existentes eram incompatíveis com a vontade, usos e opinião da maior parte da monarquia, pelo que, protestando-se o repúdio pelo absolutismo, se anunciava a modificação da constituição. Perante os acontecimentos e sentindo-se desautorizadas e coactas, as cortes interrompem os seus trabalhos, votando um "protesto contra qualquer alteração ou modificação que se faça na Constituição do ano de 1822" (2.6.1823). Logo no dia seguinte, são dissolvidas pelo rei, que declara revogada a constituição, tida como subversiva e insubsistente; a que se segue a nomeação da já referida Junta (5.6.1823).

Seguem-se medidas restauracionistas e retaliatórias. A rainha – que se recusara a jurar a *Constituição de 1822* – é reintegrada nos direitos que lhe haviam sido cassados, nomeadamente na posse da Casa das Rainhas, importante conjunto de bens patrimoniais e senhoriais. Retomam-se os estilos e formulas legislativas do absolutismo; restaura-se a Intendência Geral da Polícia; (4.6.1823); são dissolvidas as câmaras municipais eleitas na vigência constitucional, e substituídas pelas anteriores à revolução (10.6.1823); é revogada a lei de impostos de 15.3.1823 ((12.6.1823); as comunidades religiosas suprimidas pela lei de 24.10.1822 são restauradas, com a devolução dos seus bens (14.6.1823); a guarda nacional é dissolvida, restabelecendo-se as tradicionais "ordenanças" e umas novas "legiões nacionais" (13.7.1823); extingue-se o Conselho de Estado (14.6.1823).

As coisas pioram ainda com o segundo pronunciamento de D. Miguel, em 30.4.1824 (Abrilada). Na sua sequência, surge a *Carta* de Lei de 4.6.1824 – já antes referida – restaurando a antiga constituição da Monarquia e mandando preparar a convocação dos Três Estado tradicionais[364].

D. João VI morre a 10.3.1826, sem que se tivesse efectuado qualquer reunião das cortes tradicionais do reino. O seu filho primogénito, D. Pedro, que entretanto declarara a secessão do Brasil e se fizera imperador do novo Estado, sucede-lhe no trono, entregando a regência a sua irmã D. Isabel Maria (27.4.1826). Dois dias depois, D. Pedro outorga a Portugal a *Carta constitucional* (29.4.1826), nomeando 30 pares para a respectiva Câmara (câmara alta) e mandando proceder a eleições de deputados, para a Câmara dos Deputados (câmara baixa). Tentando um compromisso com o partido legitimista, chefiado por seu irmão D. Miguel, abdica o trono de Portugal na sua filha D. Maria da Glória, contratando os seus esponsais com D. Miguel, sob condição de juramento da *Carta*, o que este faz em Viena (4.10.1826).

Sob a regência moderada de D. Isabel Maria, as cortes abrem (em 30.101826) para a sua primeira sessão legislativa ordinária (Outubro a Dezembro)[365]. Perante a aparente acalmia, D. Pedro nomeia D. Miguel regente do reino, delegando nele todos os seus poderes como rei constitucional (3.7.1827). Este desembarca em Lisboa, jurando de imediato fidelidade ao irmão, a entrega do reino à sobrinha quando esta atingisse a

[364] Clemente José dos Santos, Clemente José dos Santos. *Documentos [...]*, tomo I., pag. 871 a 873.

[365] A segunda sessão tem lugar entre Janeiro e Março de 1827; e a terceira, entre Janeiro e Março de 1828.

maioridade e a observância da *Carta* constitucional (26.3.1828). No entanto, menos de um mês depois (13.4.1828), dissolve a Câmara dos Deputados; revoga o decreto sobre eleições (7.8.1828) e, finalmente, convoca os Três Estados do reino (3.5.1828), retomando a *Carta* de Lei de 4.6.1824. Uma vez reunidos, estes declaram a incapacidade de D. Pedro para suceder no trono e aclamam D. Miguel como rei (11.7.1828).

Não faltam estudos sobre o pensamento político legitimista[366].

Neste texto, abordaremos brevemente os seus principais tópicos a partir de um texto de índole, justamente, constitucional, a *Exposição genuína da Constituição portugueza de 1826*, editada sob a forma de uma tradução do espanhol[367], em 1828[368].

Aí estão presentes os mais importantes tópicos do discurso legitimista, desde a truculência da linguagem, os habituais tópicos anti-maçónicos, até ao radicalismo tradicionalista do modelo político-constitucional.

Passando por cima das folclóricas diatribes anti-jacobinas[369], o ponto central acaba por ser o da ilegitimidade de, por um acto de vontade, mesmo de um soberano, alterar a constituição tradicional do reino. Perante este carácter inderrogável da constituição natural, nem a mudança dos tempos, invocada por Luís XVIII para dar aos franceses a *Carta* de 1814, legitimaria uma prerrogativa (re-)constituinte. Daí o inusitado e a impropriedade da situação de um "soberano Legítimo, que, estando em quieta e efectiva posse do Trono [...], quer inovar a Constituição fundamental do seu Reino, e dar a seus Súbditos outras Leis mais acomodadas às circuns-

---

[366] V. A. M. Hespanha, "Introdução à história constitucional e do Estado em Portugal no séc. XIX" (em A. M. Hespanha & Cristina Nogueira da Silva (org.) *Fontes para a história [...]*).

[367] Feita por Francisco de Paula Ferreira da Costa (1788-1859), sobre o qual, v. Ferreira, João Palma (ed.), *Memórias de um miguelista (1833-1834). Francisco de Paula Ferreira da Costa*, Lisboa, Presença, 1982, prefácio.

[368] *Exposição genuina da Constituição portugueza de 1826, na qual pelo seu mesmo texto se justificam, e desfazem as apparentes contradições e barbarismos que nella se contém. Impressa na lingua hespanhola na cidade de Palencia em 1826. Traduzida por F.P.F.C.*, Lisboa, Imprensa régia,1828. Provavelmente, trata-se de uma pseudo-tradução. O alegado autor espanhol (Candido Altamirano) não é identificável nos principais guias bibliográficos espanhóis nomeadamente, em Antonio Palau y Dulcet, *Manual del librero hispano-americano bibliografía general española e hispano-americana desde la invención de la imprenta hasta nuestros tiempos [...]*, Barcelona, 1948 (2ª ed.). Existe um ou outro castelhanismo (v.g., alguma ocorrência de "apenas" com o significado de "pouco").

[369] V.g., "[a Carta é] uma indigesta rapsódia de quantas Constituições Jacobinas se têm fabricado na obscura oficina do filosofismo moderno", 5.

tâncias do século"[370]. Tais inovações não passariam de papeletas (p. 6), fundados nas quais "Napoleão, e todos os usurpadores seriam os mais legítimos Senhores do Mundo; e os que os têm destronado uns invasores iníquos" (*ibid.*).

A intransigência na defesa da religião é um desses limites inderrogáveis ao poder constituinte do soberano, que teria sido violado na *Carta*[371]. Em abono, invocam-se todas as disposições da *Carta* que possam ser sintomas de indiferentismo religioso. Primeiro, a permissão de culto doméstico aos estrangeiros (art. 6[372]) – que seria um manifesto sinal de "indiferentismo religioso, ou tolerância política de todos os cultos"; depois, a liberdade de opinião conferida aos deputados e aos pares (art. 25); e, por fim, como cúmulo de tudo – "o fecho da abóbada de todas estas belezas filosóficas" –, a garantia de se não ser perseguido por motivos religiosos (art. 145, § 4). Mas também o tradicionalíssimo beneplácito régio[373], que, agora, funcionaria como um instrumento jacobino de limitação da liberdade da Igreja.

É de notar que não se faz reparo à definição de Nação como associação[374], pois isto, se era o fundamento da ideia moderna de nação como convenção voluntária, era também compatível com a ideia tradicional da nação como consociação natural. E, neste sentido, aparecem-lhe até como contrários à liberdade dos "que em Portugal houverem de gozar os Direitos de Cidadãos", todos os "preceitos, e requisitos" que a *Carta* põe à cidadania portuguesa. Também aqui, portugueses eram os que naturalmente o eram – por um natural vínculo de pertença, consubstanciado nomeadamente nos direitos do sangue – e não aqueles que satisfizessem as condições estabelecidas arbitrariamente por uma lei[375].

Mas já a *soberania da nação*, isso sim, era um "dogma herético"[376]. De facto, ao deixar à nação representada nas cortes "a só faculdade absoluta de fazer Leis, interpretá-las, suspendê-las, e revogá-las, a de corrigir abusos, promover o bem geral, etc. etc., e tudo a juízo das mesmas Cortes ...", é claro que se estavam a abandonar ao arbítrio das vontades os fundamentos naturais da associação política, ou seja, "fazer aéreas as

[370] Cf. p.. 5.
[371] "Uma Carta subversiva da Religião, e do Trono", p. 7.
[372] Criticado a p. 7 ss..
[373] Confirmado no art. 75, § 13 da Carta.
[374] Cf. p. 7.
[375] Cf. p. 9.
[376] Cf. p. 12.

faculdades do Rei, e as garantias concedidas à Religião, à propriedade, e à mesma liberdade dos Cidadãos, que não podem ter firmeza alguma onde a Legislação Criminal, e Civil pode variar a cada momento, segundo o capricho das paixões, e de interesses momentâneos"[377].

Tanto mais que, dada a forma como estava organizado o sistema representativo, nem sequer se garantia que a vontade das cortes correspondesse à vontade da nação, desresponsabilizando os deputados perante ela, ao extinguir as antigas formas de controle que as câmaras tinham sobre os seus procuradores em cortes – o mandato imperativo (isto é concretizado, vinculativo e revogável) e o controlo *ex post facto* do modo como se tinham desincumbido dele[378].

Como também era herético, contra a natureza orgânica da sociedade e produto de maquinações cavilosas, o princípio censitário de selecção dos cidadãos aptos a eleger e a ser eleitos. Na verdade, o dispor de uma renda mínima, só por si, não garantiria nada quanto ao cuidado pelo bem comum: "os néscios crêem ver nisto hum rasgo de sã politica, parecendo-lhes que, os que mais têm que perder, são só os que mais amam a sua Pátria, e detestam as revoluções, em que sabem enriquecer, e elevar-se os que antes nada tinham, e que por isso as apetecem, e provocam"[379]. Porém, a razão do censo era outra, e subversiva: substituir as hierarquias naturais, por uma

[377] Cf. p. 13.

[378] "Querem-se [...] eleições tumultuosas, ou populares, em que o suborno, a sedução, ou a intriga levem às Cortes todo o Sofista libertino, ou hipócrita, e sejam arredados delas os sábios de probidade, e os sinceros amantes da Religião, e do Trono. As Juntas dos Eleitores dão-se por desfeitas, e privadas de toda a acção desde a hora, e momento, em pie se concluem as eleições; porque assim convém essencialmente aos desígnios dos novos Revolucionários. Se estas Juntas, ou corpos fossem permanentes, como eram antigamente as dos estamentos, que enviavam seus Deputados, ou Procuradores às cortes, teriam estes que vir no fim da sua Deputação responder perante elas pelo uso, ou abuso, que houvessem feito dos Poderes outorgados; e esta responsabilidade os conteria de falar, e votar a favor da pandilha maçónica, e contra a vontade, e interesse dos Povos, que os têm nomeado: teriam que ouvir as reinvenções, que estas Juntas, sendo estáveis, lhes enviariam, sempre que os vissem extraviar-se, e exceder-se de seus Poderes; teriam enfim o temor do que estas Juntas, tornando a *si* da surpresa, ou erro, em que pudessem ter caído no acto da eleição, tratassem de remediar o dano, revogando os Poderes, e nomeando melhores sujeitos. Porém tudo isto, ainda que tão necessário para o bem da Nação, e para reprimir a audácia atrevida dos Deputados Mações, é o que a vossa Carta não quer, nem podiam querer, nem estabelecer seus Autores, determinados a formar umas cortes sempre compostas de Irmãozinhos decididos *a* destruir a Religião, a Moral, e os Tronos" (p. 17).

[379] Cf. p. 18.

escala plutocrática, de que sairiam beneficiados estamentos que, não sendo dirigentes na sociedade tradicional (antes pelo contrário), correspondiam aos grupos sociais em que os mações predominavam.

Na identificação destes grupos sociais emergentes[380], lá aparecem os tópicos contra o comércio e contra o lucro característicos do pensamento social de Antigo Regime, e que este opunha às qualidade morais, religiosas e políticas essenciais ao bom governo[381]. Tal como aparece a ideia de que o verdadeiro critério para aquilatar das qualidades para o desempenho do governo é o amor da pátria própria, do terrunho natal, e não o internacionalismo do dinheiro sem nação. "Digam o que quiserem os Escritores, de máximas romanescas e sofismas Liberais; estamos hoje bem convencidos, de que o verdadeiro amor da Pátria nem sempre está na razão do muito ou pouco que nela se tem que perder. Ao passo que uma grande porção de gentes ricas, e regaladas estão hoje arruinando as Nações com seu ateísmo brutal, com suas doutrinas perversas e com seus costumes depravados, os pobres Lavradores, os infelizes Artistas, e todas as gentes sinceras, que praticam a Religião com toda a sinceridade de ânimo, são os que verdadeiramente sustentam, amam, e defendem suas respectivas Nações com seu suor, com *seus* braços, e com seu sólido patriotismo [...] Quem não vê quão vivamente ama o pobre a paz, e a conservação da sua Pátria, para gozar tranquilo a choupana, que tem edificado, a horta que ele mesmo cultiva, e as doces carícias da sua fiel Esposa, e de seus tenros filhos, ao mesmo tempo que o Negociante milionário, o magnate presunçoso, o filho segundo celibatário, e o filósofo Liberal, não receiam arriscar seus cabedais, suas rendas, e seus títulos, fazendo-se sócios, e ainda Chefes de

[380] "Quantos conhecem o espírito do nosso século, e as secretas vistas da Seita Liberal, estão plenamente convencidos do que este requisito se pôs com o pérfido desígnio, de que a Câmara dos Deputados se componha inteiramente do sujeitos da Classe média, na qual tem feito o Filosofismo mais conquistas dentro, e fóra de Portugal Entre os Grandes, tirando um ou outro exemplar de néscios ou do ambiciosos depravados, e entre a Povo laborioso, e distinto da vil canalha dos desempregados, e vadios, que se assalariam à grande Seita, apenas [mal] acha esta os homens que necessita. Os Ateus, os Literatos pedantes, os Capitalistas, e Negociantes avaros, que mal avindos com a Religião, e com a paz das Nações, são as que apetecem os transtornos gerais e prestam gostosos seus cabedais, suas vigílias, e sua inveterada malícia para roda a conspiração antimonárquica" (p. 18).

[381] "Esta admissão geral de todos os possuidores de certa renda, sem nada reparar em suas qualidades morais, religiosas, e politicas, ajuda que tão indispensáveis para merecer a confiança publica; esta omissão de qualidades morais é invenção do Jacobinismo [...]", p. 19.

Revoluções Jacobínicas, com a ambição de se aumentar e engrandecer mais? Quem não vê que esta pérfida ambição apenas [*i.e.*, mal] é conhecida nas classes do Povo baixo, que vivem do seu suor, que têm fé verdadeira, e que nada esperam dos transtornos políticos senão vexações, opressões, e desgraças?"[382].

Igualmente herético era o dogma a divisão de poderes. Pois punha "nas Câmaras o Poder Legislativo, que é a principal atribuição da Soberania, e não podendo o Rei assistir, nem tomar parte em suas deliberações, nem influir nas Leis mais que com uma mera Sanção, que se lhe exige *pro formula*, claro está que o Rei de Portugal não é Soberano, nem Rei, ainda que para enganar o Povo lhe deixeis esse título, e sues Reais Insígnias"[383]. E, assim, "os Capítulos 3.° e 4.°, que falam das duas Câmaras, de suas atribuições respectivas, e da proposição, discussão, sanção, e promulgação das Leis, estão quase copiados das Constituições Maçónicas publicadas neste século, e deixam tão vão, e ridículo, como os outros, o papel, que deve fazer o Rei e seus Ministros em ponto de Legislação, em quanto que às cortes, ou Câmaras se lhes dão faculdades amplíssimas para transtornar a Legislação inteira, e com elas todos os direitos dos Cidadãos; para oprimir, e desolar a Nação com o pretexto de a melhorar; para violentar o Rei a que sancione as Leis mais iníquas, ou sacrílegas; e para obrigar o Governo a que execute os Decretos mais ímpios, e bárbaros"[384].

[382] Cf. p. 19.

[383] Cf. pp. 12-13.

[384] Cf. p. 16.

11. A CARTA CONSTITUCIONAL DE 1826

11.1. **Enquadramento doutrinal**

Do ponto de vista do seu enquadramento doutrinal, falar da *Carta Constitucional* é, em boa medida, falar da influência em Portugal da teoria político-constitucional do francês Benjamin Constant (1767-1830).

B. Constant[385] – tal como, um pouco mais tarde, dos "doutrinários"

[385] Alguns dados biográficos: n. 1788;1794: encontro com Mme. de Stael, Anne-Louise Germaine, filha de Necker (Senhor do Castelo de Poppet); 1795: chegada a Paris, poucos depois do período jacobino; 1796, publ. *De la force du gouvernment actuel*; 1797, *De la Terreur*; 1799: Golpe de Brumário; eleito para o Tribunado pela mão de Sieyès; 1802, expulsão do Tribunado por Napoleão; 1802-1814: exílio voluntário na Alemanha; 1802-1806: redacção de uma constituição republicana para um grande país (mais tarde, *Princípios de política*, 1815); 1813: *L'esprit de conquête*; 1814: Redacção do *Acte additionnel aux constitutions de l'Empire*; 1816: Estadia em Londres; 1818, *Cours de politique constitutionnelle*, em que retomava obras anteriores; 1822-1824: *Commentaire sur l'ouvrage de Filangieri*, 1822; m.: 1830. (cf. http://www.unil.ch/ibc/annales.html). Para uma selecção dos seus escritos: Benjamin Constant, *Political writings*, Cambridge, Cambridge UP, 1988. Outras edições recentes: *Ecrits politiques* (dir. Marcel Gauchet), Paris, Folio, 1987; *De la force du gouvernement actuel de la France et de la nécessite de s'y rallier*, Paris, Champs-Flammarion, 1999; *De l'esprit de conquête e de l'usurpation dans lueurs rapports avec la civilisation europeenne* (dir. René-Jean Dupuis, Paris, Imprimerie National, 1992; também, Paris, Garnier, 1993; *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays* [datando de 1796-1807], Paris, Aubier, 1991 (introd. de Henri Grange) [1796-1807]; *Principes politiques applicables à tous les gouvernements*, (dir. E. Hofmann), Paris, Plurie, 1997; sobre B. Constant, François Vallotton, *Bibliographie analytique des écrits sur Benjamin Constant (1980-1995): comprenant un complément à la Bibliographie analytique publiée sous la direction du professeur Etienne Hofmann (1980) et la mention des éditions et traductions*, H. Champion, 1987; Tzevtan Todorov, *Benjamin Constant. La passion démocratique*, Hachette, 1997; Stephen Holmes, *Benjamin Constant et la genèse du libéralisme moderne*, Paris, PUF-Leviathan, 1994. Bibliografia recente sobre o constitucionalismo contemporâneo de B. Constant, numa perspectiva comparatista: Pierangelo Schiera, "Konstitutionalismus und Vormärz in europäischer Perspektive: politische Romantik, Integrationsbedarf und die

(Pierre-Paul Royer-Collard (1763-1845), Prosper de Barante (1782-1866), Charles de Rémusat (1797-1875), François Guizot, 1787-1874) – pertence a um numeroso grupo de politólogos europeus que, tendo vivido com desgosto ou mesmo pavor, a fase radical da Revolução francesa, entenderam que, passada esta, se tratava, não de voltar ao sistema político do Antigo Regime ("legitimismo"), mas de encontrar uma forma de limitar os princípios tanto da soberania popular como do absolutismo da lei a ele ligado, em termos de evitar ou que o poder caísse na mão do grande número ou que pudesse ser exercido sem quaisquer freios. Em Portugal, o liberalismo espiritualista de Alexandre Herculano[386], preferindo a liberdade à democracia participativa, subordinando a participação política à "racionalidade" e opondo-se radicalmente ao governo do maior número, é, porventura, a elaboração mais nítida do modelo ideológico do cartismo.

A obra de Constant é muito vasta. No seu conjunto, ela representa a mais difundida e mais clássica manifestação do liberalismo na Europa continental. Para além disso, o seu impacto em Portugal, quer no desenho da *Carta* constitucional de 1826, quer nos rumos da doutrina constitucional, pelo menos até aos anos ´60, justificam que o tomemos como um dos pontos de enquadramento desta nova fase constitucional.

11.1.1. *Sociedade civil e constituição*

Quer Constant, quer "os doutrinários" (de que se tratará adiante,

Rolle des Liberalismus", in Martin Kirsch & Pierangelo Schiera (eds.), *Verfassungswandel um 1848 im europäischen Vergleich*, Berlin, Dunckler & Humblot, 2001, 15-31; Pierangelo Schiera, "Konstitutionalismus, Verfassung und Geschichte des europäischen politischen Denkens. Überlegungen am Rande einer Tagung", Martin Kirsch & Pierangelo Schiera (eds.), *Denken*..., cit., 23-32, Martin Kirsch, "Die Entwicklung des Konstitutionalismus im Vergleich: Französische Vorbilder und europäische Strukturen in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts", Martin Kirsch & Pierangelo Schiera (eds.), *Denken*..., cit., 147-174. Sobre a influência da lição de B. Constant sobre o constitucionalismo brasileiro (e português), cf. Silvana Mota Barbosa, «L'influence de l'œuvre de Constant sur la pratique politique brésilienne: présentation d'un inédit» (217-234), e Thomaz Diniz Guedes, «Le pouvoir neutre et le pouvoir modérateur dans la Constitution brésilienne de 1824» (235-245), Alain Dubois, Anne Hoffmann et François Rosset (eds.), *Benjamin Constant en l'an 2000: nouveaux regards*, (= *Annales Benjamin Constant*, 23-24) Genève, Éditions Slatkine, 2000.

[386] Sobretudo em *A voz do profeta*, 1837; cf., em síntese, Vítor Neto, "Herculano: política e sociedade", cit..

II.2.1) tratavam, afinal, de resolver a mesma questão – a da adaptação do governo à natureza da nova sociedade pós-revolucionária, de modo a chegar a sistemas constitucionais *realistas* para *países reais*. Ou seja, para países que não eram já as monarquias tradicionais, nem as monarquias absolutas, mas tão pouco eram as abstracções dos filósofos dos finais do século XVIII.

Constant – tal como os doutrinários, liderados por F. Guizot – não queriam, nem recordar, nem inventar. Queriam auscultar a natureza empírica da sociedade moderna e extrair daí regras para o seu governo. Daí a análise que Benjamin Constant se propõe fazer daquilo que era novo e estrutural na sociedade do seu tempo.

A sociedade – segundo ele – viveria sob o impacto da vida moderna, do desenvolvimento das relações de mercado, da divisão internacional do trabalho, da subversão das crenças tradicionais e dos laços sociais espontaneamente estabelecidos. O luxo e a corrupção teriam aumentado; as desigualdades sociais seriam maiores. Mas a sociedade, em contrapartida, seria mais dinâmica e mais autónoma e, por isso, mais difícil de dominar pelo governo. Por esta última razão, nas sociedades modernas, o despotismo haveria de ser ainda mais férreo e limitativo, provocando uma repulsa ainda maior[387].

Tal como os economistas – que viam esta evolução, não apenas como inevitável, mas ainda como benéfica – Constant também era optimista, pensando que, a seu tempo, a sociedade encontraria novos equilíbrios[388]. Portanto, do que se necessitaria seria de compatibilizar as formas políticas com a sociedade, impedindo com isso que o poder do Estado tivesse a pretensão de regular a sociedade, garantindo a esta um espaço em que as novas formas de vida se desenvolvessem naturalmente e naturalmente encontrassem os seus novos equilíbrios políticos.

Nova era também a estrutura da comunicação política, com a recente criação de um espaço público de debate – a *opinião pública*. A grande preocupação, tanto de Constant, como dos doutrinários – com a opinião pública radica no carácter social e político do fenómeno; ou seja, no facto de ele se relacionar menos com a natural expressão de opiniões individuais do que com o modo de emergência da verdade e dos valores numa socie-

[387] Cf. *De l'esprit de conquête* ..., cap. «Causes qui rendent le despotisme particulièrement impossible à notre époque de la civilisation», cit., 178.

[388] Cf. Benjamin Constnt, *Political writings*, cit., 16.

dade complexa[389]. E, por isso, a garantia da sua liberdade – expressa, nomeadamente, na liberdade de imprensa aparecerá como muito mais do que a garantia da liberdade individual de opinião. Aparecerá como a forma de proteger, ao mesmo tempo, (i) a objectivação do movimento das ideias na sociedade – tal como o mercado emergia como a objectivação das trocas económicas – e (ii) a nova forma de mediação entre os valores dos cidadãos e as opções dos políticos[390].

Tudo isto se pode resumir numa enfática exigência de liberdade perante o Estado, como resposta mais indicada, não tanto para proteger os direitos dos indivíduos, mas para corresponder às condições da vida moderna.

Outra novidade estrutural da vida moderna, esta no plano das formas de implantação territorial da política, teria sido o aparecimento de *grandes Estados*[391].

Claro que os grandes Estados punham problemas novos (já os estavam a pôr desde o início das grandes monarquias modernas) quanto à gestão territorial do poder nestes novos espaços alargados[392]. Mas, agora, instaurado o dogma da soberania do povo, punham também novos problemas políticos.

Em primeiro lugar, um Estado grande não é, apenas, um Estado com um grande território. É, também (e, sobretudo, no plano político), um Estado de muita gente. Ora o princípio da soberania popular, ao generalizar a cidadania e os direitos de participação a toda a gente, fizera, mesmos dos pequenos Estados territoriais, Estados de muita gente.

Os problemas decorrentes eram vários. Um deles – talvez o mais imediato – era o das formas viáveis de organizar a participação política, já

---

[389] Sobre as transformações ds estrutura e conceito da opinião pública nesta época, a obra de referência é Jürgen Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*. Frankfurt/Main, Suhrkamp, 1990 (versão inglesa: Habermas, J. (1989) *The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society*, Cambridge, Polity Press, 1989); para Portugal, José Augusto dos Santos Alves, *A opinião pública em Portugal, (1780-1820)*, Lisboa, Universidade Autónoma, 2000; Id., *Almeida Garrett e a opinião pública em Portugal na terceira década do século XIX*, Lisboa, Universidade Nova, 2002.

[390] Sobre o conceito de opinião pública nos "doutrinários", v., *infra*, 11.2.1.5.

[391] Ao tema dedica Constant, explicitamente, os *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays* [datando de 1796-1807], Paris, Aubier, 1991 (introd. de Henri Grange) [1796-1807].

[392] Cf. Ana Cristina Nogueira da Silva, *A constituição espacial do Estado moderno*, Lisboa, Estampa, 1998.

que as antigas formas de liberdade republicana (liberdade-participação) eram compatíveis com as cidades Estados (ainda assim, de cidadania restrita...), mas impossíveis de conceber nestes Estados de massas; e daí que a "liberdade dos antigos" não pudesse servir como modelo da "liberdade dos modernos". Depois, a questão da falta de homogeneidade da população, em termos de capacidades, de riquezas, mesmo de raças. Nestas sociedades pouco integradas, mas de cidadania universal, a ameaça de dissolução política era iminente. Finalmente, a questão da gestação de um sentimento de pertença comum, que justamente promovesse a integração e prevenisse as convulsões sociais e políticas.

Esta é, fundamentalmente, a nova agenda dos liberais, que trabalham, já não sobre projectos de cidades ideais, mas sobre o concreto de Estados constituídos e existentes, herdando do passado um território, uma população, factores e diferenciação social e tensões internas[393].

Propostas como: a da liberdade como *resistência* (e não como *participação*); a distinção entre "cidadãos activos" e "cidadãos passivos" (ou entre "nacionais" e "cidadãos"); a instituição do mandato meramente "representativo" (por oposição ao mandato "imperativo", como forma de desvincular o pequeno mundo dos representantes do grande mundo dos representados); a centralização política (ou, numa estratégia diferente, a descentralização ou o federalismo), como tácticas (opostas, mas estrategicamente idênticas) de manter a unidade do Estado; a generalização e unificação do direito sob a forma da lei geral (*maxime*, do «código», uma espécie de "maquinofactura" normativa), com a consequente proscrições dos direito locais ou das variações da interpretação da lei; a constituição da opinião pública (e não tanto do sufrágio) como foro de diálogo político; a promoção de uma educação pública homogeneizadora ou a fabricação de um sentimento nacional, por meio de símbolos ou de cerimónias cívicas; tudo isto responde a esta necessidade de operar politicamente em macro-unidades. Do mesmo modo que os medos da multidão, das massas, da diversidade das paixões (frente à unidade de uma razão), dos partidos e das facções, da pluralidade do direito ou das suas interpretações, do sufrágio universal ou mesmo apenas do sufrágio directo, dos dialectos locais e das tradições regionais, eis, em reverso, faces do mesmo problema.

---

[393] Este é um dos temas fortes de Constant em *De l'esprit de conquête et de l'usurpation dans leurs rapports avec la civilisation européenne*, Présentation et notes de René-Jean Dupuy, Paris, Imprimerie Nationale, Editions, 1992.

Muitas das propostas de Benjamin Constant podem ser lidas sob este registo.

Desde logo, a sua noção de cidadania, com consequências na construção dos conceitos de direitos civis e direitos políticos e na definição do universo dos politicamente activos.

O problema dos grandes Estados era, também, o do poder das multidões, a que a concessão genérica da cidadania tinha levado.

As necessidades de governar em grande, conduziam à tentação da estandardização, da obtenção de automatismos e de regras gerais. Para Constant, isto era uma infelicidade:

> "Os conquistadores dos nossos dias, povos ou príncipes, querem que os seus impérios apresentem uma superfície unida, sobre a qual o olhar soberbo se possa passear, sem encontrar qualquer desigualdade que o fira ou desvie a sua atenção. O mesmo código, as mesmas medidas, os mesmos regulamentos e, se se puder chegar aí, as mesma língua, eis o que se proclama ser a perfeição de qualquer organização social. Exceptua-se a religião; talvez porque se despreze, olhando-a como um erro já gasto que se deveria deixar morrer em paz. Mas esta excepção talvez seja a única, da qual se atenuam os prejuízos separando ao máximo a religião dos interesses terrenos. Sobre tudo o resto, o grande mote é hoje o da uniformidade. Pena é que não se possam deitar abaixo todas as cidades para as reconstruir segundo o mesmo plano, de maneira a que o chão seja igual em todo o lado; e admiro-me que ainda não se tenha ordenado a todos os habitantes usar o mesmo trajo, a fim de que o senhor não tenha que encontrar bizarrias irregulares e uma variedade chocante [...]"[394].

O que está por detrás deste horror à uniformidade é, na verdade, uma concepção realista, historicista, da sociedade – bem característica do romantismo político, venha ele da Escola Histórica Alemã, de Guizot ou de Constant –, em que esta aparece como um corpo constituído de indivíduos variados, com diversas possibilidades de contribuição para o todo e, consequentemente, também com direitos diferentes de influenciar o governo. Daí a necessidade de distinguir os *direitos civis*, competindo a todos os nacionais, dos *direitos políticos*, apanágio apenas de alguns[395]. De facto, «nenhum povo tinha considerado como membros do Estado todos os indivíduos que residissem no seu território", existindo, portanto,

---

[394] *De l'esprit de conquête [...]*, cit..

[395] Cf. *infra*, 11.2.1.5.

um princípio – que não tinha a ver nem com a liberdade, nem com a capacidade civil – "segundo o qual, de entre os indivíduos reunidos num território, alguns são membros do Estado e outros não o são. Este princípio traduz-se, evidentemente, em que, para se ser membro de uma associação, é necessário um certo grau de luzes, bem como um interesse comum com os outros membros desta associação"[396]. Estas luzes adquirem-se, em parte, com a idade. Mas outras dependem de um requisito ulterior:

> "[…] Nas nossas sociedades actuais, o nascimento no país e a maturidade de idade, não bastam, de modo algum para conferir aos homens as qualidades próprias para o exercício dos direitos de cidadania. Aqueles que a indigência mantém numa dependência eterna e que condena aos trabalhos à jorna, nem estão mais esclarecidos do que as crianças sobre os negócios públicos, nem mais interessados do que os estrangeiros numa prosperidade nacional, cujos elementos não conhecem e de que não partilharão as vantagens senão indirectamente […]" (*Cours*, p. 118).

A propriedade, medida pela sua *renda*, é, portanto, tomada por Constant como um segundo critério de inclusão no universo da política, ao ser considerada como determinante da pertença ou não à *cidadania activa*. Não, na verdade, porque se negasse ou a cidadania geral (ou *passiva*) e o patriotismo aos menos ricos; mas porque a propriedade (nela incluída, a fundiária, mas também a industrial[397]) era uma condição da liberdade, da responsabilidade e da capacidade, necessárias à participação nas decisões sobre os negócios públicos[398]:

> "Não quero mal nenhum à classe laboriosa. Esta classe não é menos patriota do que as outras. Frequentemente, é-o com os sacrifícios mais heróicos, sendo a sua devoção tanto mais admirável quanto não é recompensada nem pela fortuna, nem pela glória. Porém, segundo penso, uma coisa é o patriotismo de morrer pelo seu país e outro o que torna uma pessoa capaz de conhecer bens os interesses nacionais. É, portanto, precisa uma

[396] *Cours […]*, cit., 117.

[397] «Nos meus *Principes de politique*, tinha tido a opinião de não outorgar direitos de cidadania senão aos proprietários fundiários. Mas a experiência esclareceu-me. Vi que no nosso século, a propriedade industrial era uma propriedade mais real ainda – e, sobretudo, mais poderosa – do que a do solo. E, reconhecendo o meu erro, corrigi a obra" (*Cours […]*, "Développements. Chapitre XIX, "De la propriété", 267-271).

[398] *Cours […]*, 116-123; *Cours […]*, "Développements. Chapitre XIX, "De la propriété", 267-271. O tema da propriedade como fundamento da cidadania vinha já do pensamento fisiocrático (cf. L. Mannori, e B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 188).

condição mais, para além do nascimento e da idade prescrita pela lei. Esta condição é o ócio necessário para a aquisição das luzes e da rectidão de juízo. Só a propriedade assegura este ócio, tornando os homens capazes de exercício dos seus direitos políticos" (*Cours*, p. 118).

Mas os cuidados a ter com os não proprietários não terminavam aqui. Ainda que não se lhes desse a faculdade de deliberar sobre as coisas públicas (capacidade de serem eleitos), a concessão aos pobres da capacidade de eleger os mais aptos poderia também corromper a ordem natural da sociedade:

> "Notem que o fim forçoso dos não proprietários é de atingir a propriedade, nisso indo empregar todos os meios que vós lhes derdes. Se à liberdade de agir e de indústria, que se lhes devem, juntardes os direitos políticos, que lhes não são devidos, estes direitos, nas mãos do maior número, servirão infalivelmente para invadir a propriedade alheia. Seguirão esta via irregular, em lugar de seguir a via regular, que é o trabalho: isto constituirá para eles uma fonte de corrupção e, para o Estado, uma fonte de desordem [...]. Por isso é que eu estabeleço a condição da propriedade, e tanto para os eleitores como para os elegíveis" (*Cours [...]*, cit. 120)[399].

A questão da complexidade e dimensão das novas unidades políticas está ainda na base da sua conhecida oposição entre "liberdade dos antigos" e "liberdade dos modernos", que constitui mais uma razão para a restrição dos direitos políticos. Segundo Constant,

> "A liberdade que foi apresentada aos homens nos finais do século passado [séc. XVIII, ou seja, no primeiro período da Revolução] fora colhida das repúblicas antigas. Ora, várias das circunstâncias que expusemos na primeira parte desta obra como constituindo a causa da disposição belicosa dos antigos, concorria também para os tornar capazes de usufruir de um tipo de liberdade, para a qual já não estamos hoje capacitados. Esta liberdade correspondia constituída mais à participação activa no poder do que ao gozo pacífico da independência individual; e mesmo, para assegurar esta participação, era necessário que os cidadãos sacrificassem em grande parte este gozo; porém, é tão absurdo exigir hoje este sacrifício como obtê-lo no estágio a que os povos hoje chegaram [...] Também aquilo a que nós hoje

---

[399] A medida da propriedade também é objecto de consideração (*Cours [...]*, cit., 122). Explicando muito bem a relação entre propriedade e capacidade política, *Principes de politique applicables à tous les Gouvernements* (Version De 1806-1810), Pref. T. Todorov, Paris, Hachette-Littératures, 1971 (cap. VI, «De l'esprit propriétaire»).

chamamos liberdade civil era desconhecido da maior parte dos povos antigos. Se exceptuarmos Atenas, todas as repúblicas gregas sujeitavam os indivíduos a uma jurisdição social quase ilimitada. A mesma sujeição individual caracterizava os belos tempos de Roma; de certa forma, o cidadão era escravo da nação de que fazia parte, abandonando-se completamente às decisões do soberano, do legislador, reconhecendo-lhe o direito de vigiar todas as suas acções e de constranger a sua vontade; no entanto, isto acontecia porque ele próprio era, por sua vez, este legislador e este soberano; sentia com orgulho o que valia o seu voto numa nação tão pouco numerosa que cada cidadão constituía uma potência; esta consciência do seu valor era, para ele, um ressarcimento amplamente suficiente" (*De l'esprit de conquête* ..., cit., 125/6).

Em contrapartida, a liberdade dos modernos seria marcada, por um lado, por essa novidade dos grandes Estados territoriais, em que à participação directa é impossível, e, por outro lado, pelo modo de ser de vida moderna, que a tornaria suportável pelos novos "cidadãos ocupados":

«Nos Estados modernos – escreve –, as coisas são completamente diferentes: a sua extensão, muito maior do que a das antigas repúblicas, faz com que a massa dos seus habitantes, seja qual for a forma de governo que adoptem, não tenha parte activa neste governo. Quando muito, eles apenas são chamados ao exercício da soberania pela forma da representação, ou seja, de forma fictícia. A vantagem que o povo tirava da liberdade, tal como os antigos a concebiam, era pertencer de facto ao número dos governantes, vantagem real, prazer ao mesmo tempo lisonjeiro e sólido. A vantagem que advém ao povo da liberdade, no caso dos modernos, é a de ser representado e concorrer com a sua escolha para a representação. Trata-se, sem dúvida, de uma vantagem, pois se trata de uma garantia; mas o prazer imediato é menos vivo: não se traduzia em participar em nenhum dos prazeres do poder; era antes um prazer de reflexão, ao passo que o dos antigos era um poder de acção. É claro que sendo o primeiro menos atraente, não se pode exigir tantos sacrifícios para o obter e o conservar. Ao mesmo tempo, estes sacrifícios seriam bastantes mais penosos, pois os progressos da civilização, a tendência comercial da época, a comunicação dos povos entre si, multiplicaram e fizeram variar infinitamente os meios da felicidade particular. Os homens, hoje, para ser felizes apenas necessitam de ser deixados numa independência perfeita em tudo o que respeita às suas ocupações, aos seus empreendimentos e às suas fantasias" (*De l'esprit de conquête* ..., cit., 127).

Os limites postos à regulação pelo governo e pela lei – como meio de assegurar esta independência – constituem, justamente, o tema do cap. VII

do *Commentaire sur l'ouvrage de Filangieri*[400-401] que vale a pena citar, de tal modo aí fica clara a ideia de que a nova liberdade é, antes de tudo, uma liberdade-resistência contra a intromissão do Estado. Neste texto, os alvos de crítica são os filósofos iluministas, que criam que a lei, sendo bem, por legisladores justos e sábios, era um factor benéfico de disciplina. Ora, para Constant, a lei devia ser, por natureza, um meio limitado de constranger a liberdade dos cidadãos.

> "Pretender, como Mably, Filangieri e tantos outros, estender a competência da lei a todos os assuntos, é organizar a tirania e voltar, ao fim de tantas declamações inúteis, ao estado de escravatura de que nos queremos livrar; é sujeitar de novo os homens a uma força ilimitada, igualmente perigosa, quer se lhe dê o seu verdadeiro nome, que é o de despotismo, quer a decoremos com uma designação mais doce, como a de legislação. Rejeito, pois, em toda esta parte, o sistema de Filangieri [...]. A legislação, como o governo, não tem senão dois objectos: o primeiro, prevenir as desordens interiores; o segundo, repelir as invasões estrangeiras. Ultrapassar estes limites é usurpação [...] Em todos os tempos, os delitos reais – ou seja, os actos que prejudicam outrem – devem ser reprimidos, e os que não prejudicam ninguém não o devem ser. A legislação não se deve ocupar em destruir erros, nem, quando ela destrói erros, em apoiar com uma mão o que ela destrói coma outra. Pois os erros devem destruir-se eles mesmos uns aos outros, sendo apenas assim, pelo exame e pela experiência, que eles se destruirão: a legislação não tem nada a ver com isto.[...] Os atentados à vida, à propriedade, à segurança, são crimes e devem ser punidos. Tudo o resto deve permanecer livre» (*Commentaire sur l'ouvrage de Filangieri*, Paris, 1822, p. 37-44 ss.).

No seu *Curso de direito constitucional* (1816), a ideia da limitação do poder é retomada com igual veemência:

> "Há uma parte da existência humana que necessariamente permanece individual e independente, estando, por direito, fora de toda a competência social ou legislativa. A autoridade da sociedade e, por conseguinte, da legislação apenas existe de forma relativa e limitada: onde começa a independência da existência individual, cessa toda a autoridade da legislação; e, se a legislação ultrapassa esta linha, ela é usurpadora. Na porção da existência humana que deve permanecer independente da legislação, residem os

[400] Gaetano de Filangieri era o autor de uma famosa *Scienza della legislazione*, 1781-1788.

[401] Paris, 1822, "De l'influence que Filangieri attribue à la législation", p. 37-44 ss..

direitos individuais, direitos nos quais a legislação nunca deve tocar, direitos sobre os quais a sociedade não goza de jurisdição, direitos que ela não pode invadir sem se tornar tão culpada de tirania como qualquer déspota que não tenha como título senão a espada exterminadora. A legitimidade da autoridade depende do seu objecto tanto como da sua fonte. Quando esta autoridade se estende sobre objectos que estão fora da sua esfera, ela torna-se ilegítima. Quando a legislação comete atentados contra a arte da existência humana que não é da sua competência, pouco importa qual seja a fonte de que ela emane, pouco importa que seja obra de um homem ou de uma nação. Se ela proviesse da nação inteira menos do cidadão que vexa, já os seus actos não seriam legais. Há actos a que nada pode atribuir um carácter de lei" ("De l'influence que Filangieri attribue à la législation", *Cours de politique constitutionnelle*, Paris, Didier, 1836, 50-54).

A constituição não era, portanto, senão a norma que estabelecia a limitação dos poderes públicos, em face dos direitos individuais: "Tudo o que não tem a ver com os limites e as atribuições respectivas dos poderes, com os direitos políticos, e com os direitos individuais, não faz parte da constituição, podendo ser modificado pelo concurso do rei e das duas câmaras" (*Cours [...]*, cit., 137). O resto, herdava-o a sociedade das suas tradições[402] ou fazia-o, dia a dia, do seu trato espontâneo.

Daí que a constituição formal, esse conjunto de regras supremas estabelecidas formalmente por um poder constituinte positivo, devesse ser curta e sóbria, evitando o "doutrinarismo"[403], garantindo apenas o fundamental e deixando ao tempo e à experiência tudo o que fosse apenas regulamentar[404]. Porque, na verdade, o núcleo constitucional mais decisivo nem sequer necessitava do legislador constituinte para se positivar. Como tão pouco era o produto da vontade constituinte de uma geração (do

402 «O primeiro dos interesses é o de se ser feliz; e os hábitos constituem uma parte essencial da felicidade», *De l'esprit de conquête* ..., cit., 89; "As constituições raramente se fazem pela vontade dos homens: é o tempo quem as faz; elas introduzem-se gradualmente e de uma forma insensível. No entanto, há circunstâncias – sendo aquela em que nos encontramos uma deste número – que tornam indispensável fazer uma constituição; mas, então, não façais senão o que é indispensável; deixai espaço ao tempo e à experiência, para que os seus poderes reformadores dirijam os vossos poderes já constituídos, na melhoria do que está feito e na conclusão do que há para fazer" (*Cours [...]*, 147).

403 Aqui, no sentido de adopção de valores "espessos", ou seja, vinculados a uma certa concepção artificial, carregada de doutrina não geralmente partilhada, da sociedade e dos seus valores.

404 *Cours [...]*, cit., 137.

"povo"), mas antes da vontade diuturna e permanente de uma comunidade, tanto actual como histórica (a "Nação").

A limitação do poder do Estado parte desta concepção de que é inútil e nefasto fazer com que a lei – mesmo a lei constitucional positiva – ultrapasse os seus limites. Neste ponto, os alvos filosóficos eram, por um lado, o utilitarismo de Bentham – para quem o interesse colectivo ou privado pode fundamentar a violação de direitos individuais básicos (cf. *Cours [...]*, "Développements. Chapitre premier. Des droits individuels", 221-295)[405] – e, por outro lado, a crítica da teoria da vontade geral, de J.-J. Rousseau[406].

No plano das instituições de direito público, diversos eram os expedientes para evitar a possibilidade de aumentar a força do Estado e impedir a sua interferência com o agir dos privados:

- introdução de um sistema bicameral, enfraquecendo o legislativo, pois a verdadeira causa dos abusos parlamentares não decorreria do sufrágio directo, mas do carácter não limitado da assembleia, quer relativamente ao respeito por direitos individuais inderrogáveis, quer pela inexistência de uma segunda câmara; as Câmaras eram, assim, consideradas sobretudo, como um *forum* de diálogo e de contraposição de opiniões e não como um lugar da vontade pré-vinculada de puros mandatários do povo[407];
- introdução de um *poder real*[408], que servisse de ponto de equilíbrio aos outros poderes e que, nomeadamente, pusesse freios ao poder do parlamento, por meio das prerrogativas reais de sancionar as leis e de dissolver as câmaras

[405] Cf. *Cours ..., Développements*, 279. A crítica de Bentham ao carácter metafísico e sofístico dos chamados direitos naturais, que poderiam ser opostos às próprias leis também lhe merece uma resposta crítica; cf. *Cours, Dévelopements ...*, 280/281). Na sua preocupação de tipificar os casos de desobediência legítima às leis, Constant enumera, como vícios ab-rogantes da lei: a retroactividade, o atentado à moral, a instauração da desigualdade (ou a especialidade das leis: i.e., a violação da sua generalidade)».

[406] V. também, o cap. «Des imitateurs modernes des Républiques de l'antiquité», em *L'esprit de conquête ...*, cit.; ou *Principes de politique applicables à tous les Gouvernements* (Version De 1806-1810), pref. T. Todorov, Paris, Hachette-Littératures, 1971.

[407] Daí a proibição de discursos escritos, *Cours [...]*, p. 76 (também em *Cours [...]*, "Développemens. Chapitre VIII, "Des discours écrits", 218-223). Por isso, o aparte, frequente nas Cortes portuguesas, "Está a ler !". Sobre a oralidade como estilo parlamentar típico, cf. o belo livro de Carlos Petit, *Discurso sobre el discurso. Oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal*, Huelva, Universidade de Huelva, 2000.

[408] *Cours [...]*, cit., 8-28.

- garantia, "como em certas constituições americanas, dos direitos mais sagrados dos indivíduos contra os ataques dos legisladores"[409];
- descentralização administrativa, para evitar a intervenções arbitrárias e mal informadas de poder central;
- sufrágio censitário, embora com um censo baixo, para alargar universo eleitoral;
- independência judicial e sistema de júri;
- protecção da opinião pública, por meio de leis liberais de imprensa[410].

A introdução de um "poder real"[411] (a que a *Carta Constitucional* portuguesa de 1826 chamará "moderador", residindo no monarca[412]) foi, de todos os traços constitucionais enumerados, porventura aquele em que a marca de teoria constitucional de Benjamin Constant está mais presente na história constitucional portuguesa. Quaisquer que tenham sido as suas consequências concretas, ele estava pensado como forma de impedir a hegemonia de qualquer dos outros três poderes e de lhes introduzir correctivos e mecanismos de equilíbrio[413]. Mas, na memória da época (ainda ferida pela experiência traumatizante do "governo de assembleia" da primeira fase da Revolução francesa), o poder real visava, antes de mais, a contenção do legislativo.

O poder real funcionava como "juiz supremo dos outros poderes". Se, na democracia norte-americana, este era o papel da *Supreme Court*, nas monarquias europeias, em que as dinastias estavam carregadas de valores simbólicos que as prestigiavam aos olhos do povo, fazia sentido que este quarto poder residisse na pessoa do monarca[414]:

"Há [...] no poder monárquico dois poderes distintos: o poder exe-

[409] Cf. *Cours [...]*, p. 48.

[410] «Duas páginas de um livro, duas palavras numa tribuna, são as melhores salvaguardas, não apenas da liberdade, mas também da justiça; dessa justiça de que se carece todos os dias, que os códigos melhor redigidos, na aparência os mais perfeitos, não podem dar» (Benjamin Constant, *Commentaire sur l'ouvrage de Filangieri*, Paris, 1822, 33).

[411] *Cours [...]*, cit., 8-28.

[412] Cf. *infra*, 11.4.8.1.

[413] *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays* [datando de 1796-1807], Paris, Aubier, 1991, 436

[414] Cf., para este tema, *Cours de politique constitutionnelle*, Paris, Didier, 1836, p. 1-7 (cap. I: "Des pouvoirs constitutionnels").

cutivo, investido de prerrogativas positivas, e o poder real, que é mantido por lembranças e tradições religiosas. Reflectindo sobre esta ideia, convenci-me da sua justeza. Esta matéria é suficientemente nova para merecer alguns desenvolvimentos. Os três poderes políticos, tal como os conhecemos até aqui, o poder executivo, o legislativo e o judiciário, constituem três competências que devem cooperar, cada um na sua parte, a favor do movimento geral; mas quando estas competências, perturbadas, se entrechocam e se entravam, é preciso uma força que os volte a pôr no lugar. Esta força não pode residir num destes poderes, pois servia para destruir os outros; é preciso que ela seja exterior, que seja de algum modo neutra, para que a sua acção se aplique onde for necessário que se aplique, e para que seja preservadora e reparadora sem ser hostil". A monarquia constitucional tem esta vantagem, de criar este poder neutro na pessoa do rei, já rodeada de tradições e de lembranças e revestida de um poder de opinião que serve de base ao seu poder político" (*Cours de politique constitutionelle*, 1836, I.1, p. 2).

O poder real tinha diversas manifestações.

(a) Concessão ao monarca do direito de veto em relação às leis parlamentares[415];

(b) Dissolução das Câmaras[416]:

[415] «Lorsque le prince concourt à la formation des lois et que son consentement est nécessaire, leurs vices n'arrivent jamais au même degré que lors que les corps représentatifs décident sans appel. Le prince et les ministres s'éclairent par l'expérience. Quand ils ne seraient pas ramenés par le sentiment de ce qui se doit, ils le seraient par la connaissance de ce qui se peut. Le pouvoir représentatif, au contraire, ne rencontre jamais l'expérience. L'impossibilité n'existe jamais pour lui. Il ne lui faut que vouloir; une autre autorité exécute. Or, vouloir est toujours possible: c'est exécuter qui ne l'est pas» (*Cours de politique constitutionnelle*, Paris, Didier, 1836, p. 13) [...] «Le véto est donc nécessaire, et il doit être absolu, tant pour la dignité du monarque, que pour l'exécution des lois mêmes [...] Le veto suspensif, qui ajourne à un temps éloigné une loi que ses auteurs disent urgente, paraît une véritable dérision: la question se dénature, on ne discute plus la loi, on dispute sur les circonstances" (p. 15). Necker estaria contra: "a verdadeira participação do Governo na legislação não consiste na necessidade constitucional da adesão do monarca às leis do Parlamento, mas na associação dos ministros {como propositores das leis ou como deputados; daí que o governo devesse ser composto por parlamentares} às deliberações que precedem estas leis» (p. 12).

[416] «Aucune liberté ne peut exister, dans un grand pays, sans assemblées représentatives, investies de prérogatives légales et fortes. Mais ces assemblées ne sont pas sans danger; et pour l'intérêt de la liberté même, il faut préparer des moyens infaillibles de prévenir leurs écarts. Lorsqu'on n'impose point de homes à l'autorité représentative, les

(c) Atribuição do direito de graça, afastando o império absoluto da lei parlamentar[417];

(d) Outorga do poder de destituição dos ministros[418];

(e) Exercício do contencioso entre a autoridade central e as autoridades locais;

(f) Lançamento do processo de revisão da constituição;

(g) Nomeação dos juízes[419];

(h) Direito da paz e da guerra[420].

11.2. Enquadramento doutrinal do constitucionalismo romântico. Doutrinários e republicanos

As constituições de 1826 e de 1838 são, na sua feitura e na sua vigência, também atraídas por dois pólos que dominaram o pensamento político

---

représentants du peuple ne sont point des défenseurs de la liberté, mais des candidats de tyrannie: or, quand la tyrannie est constituée, elle est peut-être d'autant plus affreuse que les tyrans sont plus nombreux. Sous une constitution dont la représentation national fait partie, la nation n'est libre que lorsque ses députés ont un frein" (*Cours* ..., cit., 16).

[417] «[...] Plus une loi est générale, plus elle s'éloigne des actions particulières, sur lesquelles néanmoins elle est destinée à prononcer. Une loi ne peut être parfaitement juste que pour une seule circonstance; dès qu'elle s'applique à deux circonstances, que distingue la différence la plus légère, elle est plus ou moins injuste dans l'un des deux cas. Les faits se nuancent à l'infini» [...] La nécessité de cette conciliation est si impérieuse, que dans tons les pays oh le droit de faire grâce est rejeté, l'on y supplée par toutes sortes de ruses [...]; il vaut mieux en revenir à une idée simple, et rendre an pouvoir royal une de ses prérogatives les plus touchantes et les plus naturelles (*Cours [...]*, cit., 25/26).

[418] "La monarchie constitutionnelle résout seule ce grand problème [...] Le pouvoir exécutif est destitué sans être poursuivi. Le roi n'a pas besoin de convaincre ses ministres d'une faute, d'un crime, d'un projet coupable pour les renvoyer; il les renvoie sans les punir: ainsi tout ce qui est nécessaire a lieu, sans rien de ce qui est injuste. [...] Si vous substituez à la faculté de le destituer sans le punir, celle de le mettre en jugement, vous excitez sa crainte et sa colère; il défendra son pouvoir pour sa sûreté" (p. 10-11) (*Cours [...]*, cit., 8 ss.).

[419] *Cours [...]*, cit., 21 ss.. "Je n'ai pas hésité à penser que la nomination des juges devait appartenir an roi. Bans une monarchie constitutionnelle, il faut donner au pouvoir royal toute l'influence et même toute la popularité que la liberté comporte. Le peuple peut se tromper fréquemment dans l'élection des juges. Les erreurs du pouvoir royal sont nécessairement plus rares: il n'a aucun intérêt à en commettre; il en a un pressant à s'en préserver, puisque les juges sont inamovibles, et qu'il ne s'agit pas de commissions temporaires» (*Cours [...]*, cit., 24).

[420] *Cours [...]*, cit., 26.

do ocidente da Europa continental entre os anos '30 e os anos '60 do séc. XIX. À direita do espectro político parlamentar, liberais e doutrinários, insistindo no carácter natural e não estatal dos mecanismos constitucionais e políticos; à esquerda, republicanos, salientando, em contrapartida, o carácter voluntário, constitutivo e progressivo, da ordem democrática e legalista, a cuja majestosa igualdade todos se deviam submeter.

Uma referência a uma e outra corrente é, por isso, necessária, para se entender a ordem constitucional estabelecida, bem como os debates em torno dela.

11.2.1. *Os "doutrinários"*

11.2.1.1. *A regulação objectiva da nova sociedade*

O movimento político intelectual, conhecido em França pela designação de "doutrinários" (*"doctrinaires"*[421], por oposição aos "ideólogos"[422], quer da revolução jacobina, quer do legitimismo monárquico) estão, tal como Benjamin Constant (cf., *supra*, 83,) conscientes da novidade da sociedade moderna[423].

Para François Guizot (1787-1874)[424-425], um dos traços mais marcantes desta nova sociedade era a sua massificação e despersonificação, que resultava da tendência para a criação de uma sociedade de massas, dinâmica, comunicativa, geradora de um novo espaço público de dimen-

---

[421] Cf. http://gallica.bnf.fr/themes/PolXVIIII7.htm

[422] Os ideólogos representam a continuação do pensamento universalista das luzes no contexto do Directório bonapartismo (compartem do iluminismo moderado de Sieyès e Condorcet (Marie Jean Antoine Nicolas de Caritat Condorcet, 1743-1794), sendo seus representantes mais destacados Destut de Tracy (754-1836, *Elements d'idéologie*, 1801), o conde de Volney e (C. F. Chasseboeuf, 1757-1820) Jean-Baptiste Say (1767-1832). Cf., Fernando Prieto, *Historia de las ideas y de las formas politicas*, Madrid, Unión Editorial, 2001.(síntese e bibliografia 195 ss., 509).

[423] Sobre esta corrente, a obra recente mais interessante é, porventura, a de Pierre Rosanvalon, *Le moment Guizot*, Paris, Gallimard, 1985, que aqui se segue de perto; cf. ainda Aurelian Craiutu, *Liberalism Under Siege: The Political Thought of the French Doctrinaires*, San Diego, Rowman & Littlefield Pub Inc, 2003.

[424] http://www.uhb.fr/sed/fonds/guizot1.htm; http://bcs.fltr.ucl.ac.be/ENC4/01.html.

[425] Versões digitalizadas de obras de Guizot (http://gallica.bnf.fr)); outros textos políticos franceses da época (http://perso.wanadoo.fr/david.colon/Sciences-Po/page4.htm)

sões incomparavelmente mais dinâmicas do que o das anteriores sociedades de ordens: "uma sociedade eléctrica, em que tudo se sabe, se propaga, em que milhões de homens de condição semelhante e sentimentos análogos, conhecem reciprocamente a sua sorte" [426].

Esta nova natureza dinâmica e "nervosa" da sociedade exigiria novas tecnologias de governo. As antigas – o governo que ele chama "do exterior", traduzido na imposição unilateral de normas pelo Estado – seriam incapazes de acompanhar o dinamismo social e de se substituir ao dinamismo social interno ou espontâneo. O que doravante seria necessário seria um governo apto a tratar com as massas, a governar "de dentro", decalcado na normatividade imanente na sociedade, abolindo a distinção entre público e privado, entre Estado e sociedade[427]. Ouçamos Guizot: "Os verdadeiros meios de governo não são os instrumentos directos e visíveis da acção do poder. Eles residem no seio da sociedade e não podem ser separados dela. É lá que é preciso procurá-los e encontrá-los, e é lá também que é preciso deixá-los, para nos podermos servir deles" [...] É vão pretender reger a sociedade por forças exteriores às suas próprias forças, por mecanismos estabelecidos na sua superfície, mas que não tenham raízes nas suas entranhas e que não extraiam daí o princípio do seu movimento. Dos meios de governo interior, que o próprio país encerra e pode fornecer, eis do que eu me ocupo " (*Des moyens de gouvernement et d'opposition dans l'état actuel de la France*, 1821[428]).

Dizer isto equivale a reconhecer o carácter constitucional da orgânica da sociedade civil, devendo o Estado garantir apenas a sua dinâmica livre, pelo reconhecimento geral dos direitos civis, tal como fora feito no *Code civil*: "O poder não faz a sociedade, encontra-a"[429]. Neste sentido, Guizot opõe-se – tal como Royer Collard, Benjamin Constant e Auguste Comte, em França, ou tal como a Escola Histórica, do outro lado do Reno – tanto ao artificialismo revolucionário do jacobinismo da Revolução, como ao artificialismo restauracionista do reaccionarismo nostálgico e fora do tempo dos monárquicos legitimistas. Por outras palavras: tratar-se-ia, para os doutrinários, de "pensar a constituição dos laços sociais sem recorrer à

---

[426] Cf. F. Guizot, *De la peine de mort en matière politique*, 1822, p. 148; *apud*. Rosanvalon, *Le moment [...]*, cit., 40.

[427] Rosanvalon, *Le moment [...]*, cit., 43.

[428] Cf. p.128-130; *apud*. Rosanavalon, *Le moment [...]*, cit., 36/7.

[429] F. Guizot, *Des moyens de gouvernement et d'opposition dans l'État actuel de la France*, 1821, 127.

11.2.1.4. *O governo dos melhores*

Esta concepção da soberania muda completamente as ideias correntes sobre a legitimidade dos titulares do poder. Esta não pode provir, assim, do mero facto da eleição, entendida como uma forma de delegação de poder. Na verdade, dada a origem da soberania e a sua legitimação enquanto verdade superior ao entendimento humano, o poder tem que caber "aos mais capazes de fazer prevalecer a lei comum da sociedade; a saber, justiça, a razão, a verdade. Qual é a melhor constituição política? A mais própria para trazer à luz a verdade sobre cada coisa, e a fazer chegar o poder às mãos daqueles que o saberão usá-lo melhor»[440]. Como diz Rosanvalon (que aqui se segue de perto): "o objectivo do sistema representativo muda, então, de natureza. Já não se trata de efectuar uma aritmética complexa dos interesses e das vontades, mas de "de recolher, concentrar toda a razão que existe dispersa na sociedade"[441], de "extrair da sociedade tudo o que ela possui de razão, de justiça, de verdade, para o aplicar ao seu governo"[442].

No fundo, trata-se de uma ideia antiga na tradição política ocidental, que durante séculos encarou a política como uma matéria de opinião, e que por isso, deixou a definição dos seus critérios, ou à opinião comum (que, na economia do pensamento de Guizot, é substituída pela moderna opinião pública e pelo senso comum que ela transmite) ou aos mais sábios (à *opinio communis doctorum*). Guizot não explica, de facto, as coisas de modo muito diferente: "Existe, em qualquer sociedade, uma certa soma de ideias justas. Esta soma está dispersa nos indivíduos que compõem a sociedade e desigualmente repartida entre eles. O problema é recolher os fragmentos dispersos e incompletos deste poder, concentrá-los e constituí-los em governo. Por outras palavras, trata-se de descobrir todos os elementos de poder legítimo disseminados na sociedade, de os organizar em poder de facto, i.e., em os concentrar, em realizar a moral pública, a razão pública, e chamá-las ao poder. Aquilo a que se chama representação não é outra coisa senão o meio de chegar a este resultado. Não se trata de um mecanismo aritmético destinado a recolher e a contar as vontades individuais. É um processo natural de extrair do seio da sociedade a razão pública, a única que deve governar"[443].

---

440 Charles Rémusat, *apud* P. Rosanvalon, 1985, 93.

441 F. Guizot, article «Elections», p. 406.

442 *Origines du gouvernement représentatif*, t. I, p. 98.

443 F. Guizot, *Origines du gouvernement représentatif*, t. I, p. 98, I. 149-150.

Apesar de desembocar num sistema político fortemente elitista e nada inocente do ponto de vista social[444], a teoria da capacidade não se confundia nem com o elitismo da sociedade de ordens (onde se ordenavam "pessoas" e não "qualidades"), nem com o elitismo censitário (em que a fortuna era o critério de capacitação política). Como refere P. Rosanvalon, "uma vez que a capacidade é uma faculdade e não uma qualidade, ela tem uma dimensão ao mesmo tempo pessoal e impessoal. Permite distinguir os que a têm como dote, mas sem que estes possam pretender tornar-se possuidores exclusivos dela" (*ob*. cit., 97).

Neste sentido, o voto transforma-se de um direito numa função, a desempenhar por aqueles que uma espécie de divisão natural do trabalho instituiu como competentes para tal. «Há na sociedade, escreve Guizot, eleitores naturais, legítimos, eleitores prontos, cuja existência precede a vontade do legislador e que este apenas deve procurar descobrir" (artigo "Élections", cit.). Estes são os cidadãos activos, uma elite social que representa a ponta do progresso no domínio da civilização política[445].

Este elitismo da sociedade política não poria em risco a democracia. No plano político, garantia-a a contra a usurpação da multidão, contra o domínio dos instintos, dos interesses, das paixões, contra a razão. Ainda no domínio político, não amarrava a hierarquia a elementos casticistas, como o nascimento, ou externos, como a riqueza, mas à qualidade ou mérito pessoal[446]. No domínio civil, não obstava à concessão generalizada e igual de direitos civis.

11.2.1.5. *Direitos civis e direitos políticos*

Esta distinção entre direitos políticos e direitos civis torna-se, por isso, central: "Um direito político é uma porção do governo: quem quer que o

---

[444] Que Marx estigmatizará em *A sagrada família*, 1848 (Karl Marx-Friedrich Engels, *Die heilige Familie oder Kritik der kritischen Kritik gegen Bruno Bauer und Kunsorten Geschrieben*, Septembro a Novembro de 1844. Ed. em 1845., texto alemão em http://www.mlwerke.de/me/me02/me02_003.htm; texto francês em http://www.uqac.uquebec.ca/zone30/Classiques_des_sciences_sociales/livres/Engels_Marx/engels_marx.html).

[445] Comte não diria coisa diferente, nas *Considérations sur le pouvoir spirituel*, 1826 (apêndice ao *Système de politique positive*, 1829).

[446] Cf. Rosanvalon, 1985, 113 ss.. Aí, também, um esboço histórico da ideia de mérito, a partir dos finais do séc. XVIII. Sobre as relações com a meritocracia comtiana, *ibid*., 118. Sobre a relação com o sufrágio censitário, 122 ss..

exerça decide não apenas sobre aquilo que lhe diz respeito pessoalmente, mas sobre aquilo que respeita à sociedade ou a uma porção sua [...] Daqui decorre que os direitos políticos não são universais, iguais para todos. Eles são especiais e limitados. Consultai a experiência do mundo: numerosas classes de indivíduos, mulheres, menores, domésticos, a grande maioria dos homens, são, em todo o lado, privadas de direitos políticos"[447]. Embora gozem de direitos civis, ou seja, dos direitos inter-individuais que lhes permitem defender os seus interesses em face dos seus concidadãos.

Teorias à parte, o que era certo é que a definição teórica das qualidades dos cidadãos activos correspondia, de facto, à selecção um universo socialmente muito caracterizado. Para além de que, teorias outra vez à parte, a selecção de sinais visíveis para identificar estas qualidades interiores dificilmente escapava a critérios censitários ou até profissionais (juízes, doutores, advogados, altos funcionários, oficiais), já que não existiam outros mecanismos de despistagem[448].

Esta teoria da democracia representativa[449] é completada pela *teoria da opinião pública*[450].

A verdade, com efeito, não se revela (parcialmente) apenas pela mediação destas elites. Numa forma mais degradada, ela manifesta-se no senso comum e, nomeadamente, na opinião pública. Assim, a liberdade de opinião não vale tanto como um reflexo de um direito individual de expressar as próprias ideias, mas como um mecanismo objectivo de revelação da verdade. É neste sentido que Royer Collard a considera como "o coração

---

[447] Discurso de 1831, cit. Rosanvalon, *Le moment [...]*, cit., 99/100.

[448] Cf., ainda, 11.4.8.2.

[449] Note-se que esta concepção da representação como apresentação pública (*re* + *praesentatio*), como revelação, corresponde também a uma antiga tradição no pensamento político europeu. A teoria da representação no Antigo Regime – em que a representação da sociedade pelo rei ou pelas cortes, da família pelo *paterfamilias*, era, de facto, a sua visualização, e não a manifestação de um qualquer mandato. Guizot não diz coisa muito diferente: «a característica própria do sistema representativo, e também a sua principal vantagem – escreve Guizot – é revelar incessantemente a sociedade ao governo e a si mesma e o governo a si mesmo e à sociedade» (*APPL*, t. II, n 7, janvier 1818, p. 25, *apud* P. Rosanvalon, *Le moment [...]*, cit., 55). O Estado representativo espelha a sociedade, reforçando (ou produzindo), em contrapartida, a sua unidade e racionalidade (P. Rosanvalon, *Le moment [...]*, cit., 56); reduz a multidão inorgânica à unidade. Daí que a centralização, lida na história da Europa, seja uma marca de progresso, nisto se distanciando de Montesquieu, de Tocqueville e de Royer Collard (*ibid.*, 61).

[450] Cf., *supra*, 11.1.1.

e o regulador da sociedade democrática[451]. A questão liga-se, de novo, a um aspecto estrutural das novas sociedades políticas, caracterizadas pela sua magnitude: a opinião pública constituiria o modo de comunicação próprio "dos nossos grandes impérios modernos, com os suas grandes populações [em que] os cidadãos não podem comunicar entre eles senão pela imprensa, exprimindo a sua opinião; apenas por meio da opinião pública podem as autoridades receber deles e restituir-lhes a luz, sendo esta troca necessária para que cidadãos e autoridade sigam a mesma via"[452]. Neste sentido, a opinião pública poderia mesmo substituir o voto formal.

11.2.2. *Republicanos e estadualismo*

O republicanismo clássico filia-se nas correntes dominantes da política romana (Tito Lívio e Cícero), mas, sobretudo, nesse cuidado pela *res-publica*, pelo interesse comum, que caracterizava a sensibilidade política das repúblicas italianas medievais, mais tarde teorizadas por Maquiavel e por Guicciardini. É justamente esta evocação do seu momento mais clássico que permite valorizar o republicanismo, como uma corrente de pensamento político diferente quer do liberalismo.

Segundo Maurizio Viroli[453], a base do pensamento republicano é a

[451] Cf. P. Rosanvalon, *Le moment [...]*, cit., p. 67.

[452] Remusat, *De la liberte de la presse...*, 1819, cit. por P. Rosanvalon, 1985, 68.

[453] Maurizio Viroli [n. 1945, Professor em Princeton ("Politics")], *Republicanesimo*, Bari, Laterza,1999. Outros textos do autor: *Machiavelli and republicanism* (org., com Gisela Bock e Quentin Skinner), *Dalla politica alla ragion di stato, La scienza del governo tra XIII e XVII secolo* (1993); *Per amore della patria* (1995), *Il sorriso di Nicolò. Storia di Machiavelli* (1998); intervenções como comentador político: http://www.swif.uniba.it/lei/rassegna/viroli.htm [2001.06.14]. (1994). V. também, I. Berlin, "Deux conceptions de la liberté" [1958], *Éloge de la liberté*, Paris, Calmann-Lévy, 1995; Philip Petit, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press, 1997; J. G. A. Pocock, *Le Moment machiavélien*, trad. fr. L. Borot, Paris, PUF, 1997 (Id., "The Machiavellian Moment Revisited: A Study in History and Ideology ", in *Journal of Modern History*, 53, mars 1981, p. 49-72); Quentin Skinner, *The Foundations of Modern Political Thought*, 2 vol., Cambridge, Cambridge University Press, 1978; Id. (1981), *Machiavel*, trad. fr. M. Plon, Paris, Seuil, 1989; Id. "The Republican Ideal of Political Liberty", *in* G. Bock, Q. Skinner, M. Viroli (ed.), *Machiavelli and Republicanism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, p. 293-309; Charles Taylor, "Qu'est-ce qui ne tourne pas rond dans la liberté negative?", in *La Liberté des modernes*, trad. fr. P. de Lara,

ideia de interesse público, diferente e superior aos interesses particulares, bem como de *governo pela lei*, com a correspondente recusa de *domínio de uns cidadãos pelos outros*.

A ideia de governo pela lei pressupõe o estabelecimento de uma regra de vida comum, *dominada pela ideia de interesse público*, uma espécie de pacto cívico, fundado na *virtude cívica* (no amor à pátria, ao bem comum) ao qual todos se devem subordinar. A liberdade republicana há-de ser, por um lado, a participação política, que fazia com que a lei se tornasse, não num acto de imposição, mas num *generale iussum*, num mandato geral, numa vontade de todos. E, depois, a dependência exclusiva em relação a essa lei, como garante do interesse público[454]. Todas as outras formas de dependência – que, então, serão, dependências em relação a interesses privados – estão excluídas[455].

Se estas são as implicações da ideia republicana, importa mapear o que ela não implica necessariamente e, ainda mais, o que ela exclui. Só assim a poderemos distinguir de outras correntes políticas, com ela frequentemente confundidas nos últimos dois séculos.

A primeira precisão a fazer é que lei e virtude são valores essencialmente políticos, com isto se querendo dizer que *valem como meros pactos e disposições conjunturais de convivência* e não como *normas de conduta de valor absoluto*.

A *lei* não é, por isso, nenhum produto de uma razão divina ou intemporal, mas apenas uma ordem dirigida a todos (um *generale jussum*), destinada a evitar a desordem, ou seja, a prevalência de interesses privados na convivência comum. Para que seja possível contradistinguir claramente o republicanismo do liberalismo, há que salientar que este pacto de vontades que é a lei não é um pacto de vontades egoístas, introvertidas, pessoalmente ambiciosas, mas antes um pacto de vontades virtuosas, i.e.,

---

Paris, PUF, 1997, p. 255-283; A. MacIntyre, *After Virtue – a study in moral theory*, Univ. of Notre Dame Press, 1981. Para Portugal, o trabalho decisivo é o de Fernando Catroga, *O republicanismo em Portugal. Da formação ao 5 de Outubro de 1910*, Coimbra, Faculdade de Letras, 1991, nomeadamente, quanto aos aspectos aqui focados, II, 193-256.

454 Viroli, *ob. cit.*, Prefácio, 8.

455 Também na história medieval e moderna portuguesa, a palavra liberdade era usada como sinónimo de exclusiva dependência em relação ao rei (e não a um senhor); era neste sentido que algumas terras reclamavam os seus privilégios de "serem livres", não podendo ser doadas pela coroa a nenhum senhor. Cf. E. Kantorowicz, *Mourir pour la patrie et autres textes*, trad. franc. (L. Mayali e A. Schüts), Paris, PUF, 1984.

dominadas pela *virtude*. Daí que o carácter puramente pactício da lei não implica a sua arbitrariedade; pelo contrário, pressupõe a sua racionalidade política; apenas com a precisão de que esta racionalidade é meramente política, e não ética, religiosa, ideológica. Ou seja, deve ser aceitável para todos os membros da comunidade política, evitando todas as opções ideológicas ou de interesses que sejam específicas apenas de uma parte (de uma *facção*, de uma *parcialidade*, para utilizar palavras então comuns na linguagem política).

A virtude é, portanto, um conceito central do republicanismo, que convém explorar um pouco mais.

A primeira nota é a de que ela não se estabelece sobre nenhum padrão de valores materiais, sobre adesão a uma qualquer concreta filosofia de vida, mas apenas sobre um amor da convivência política, sobre uma solicitude para com as necessidades da vida em comum, sobre uma *charitas reipublicae*, sobre um *amor patriae*[456]. Daí que, para o republicanismo, a república não seja uma comunidade cultural, religiosa ou étnica – uma *natio*, i.*e*., um grupo humano unido por "valores espessos" –, mas apenas um colégio político, unido pela referência a um código de conduta política comummente aceite – uma *patria*, um tanto na sequência da acepção antiga de *patria communis*, como foro comum, lei comum, partilha de cidadania [cf. *Rechtsgenossen*]. Por isso, também é problemática a relação do republicanismo com o nacionalismo. Em princípio, são doutrinas contraditórias, pois a última inclui dimensões étnico-culturais que o republicanismo não aceita; mas, em alguns contextos[457], pode encontrar-se uma convergência entre republicanismo e nacionalismo, nomeadamente enquanto os republicanos identificam a virtude republicana com o amor e dedicação a uma forma particular de comunidade política, sedimentada na história[458]

Uma nota suplementar sobre o amor à pátria. Nas pequenas comunidades de que tratavam os clássicos, o amor à pátria é um sentimento natural. Este é ainda o fio condutor da reflexão medieval e primo-moderna sobre os amor político, ou seja, o amor da comunidade e da pátria, entendido ainda o termo como "lugar de nascimento" ("la pátria chica", a "terra natural", de um onde decorrem os conceitos de "senhor natural" e de "súbdito natural"). Já então se falava, no entanto de uma outra pátria, com a

---

[456] Viroli, *ibid*., p. 70.

[457] Como no contexto português da segunda metade do séc. XIX.

[458] Cf. Fernando Catroga, *O republicanismo em Portugal[...]*, II, 202 ss..

qual os laços afectivos eram mais diluídos (a *pátria communis*), correspondente à sede do tribunal mais elevado para o qual se podia apelar. Neste sentido, Roma era a pátria dos cristãos e as capitais dos reinos, as pátrias dos reinícolas. No séc. XVIII, esta evolução do conceito de pátria está a consumar-se. Agora, a pátria é o Estado, o grande Estado da época tardo-moderna e contemporânea. Daí que o entendimento do amor à pátria tenha que mudar correspondentemente. Agora, trata-se de um sentimento artificial a ser construído contra a natureza dos sentimentos, por múltiplas formas de inculcação – desde elementos jurídicos, como a comunidade da constituição e das leis, a elementos políticos, como a outorga de direito políticos de activa participação, ou a elementos simbólicos, como o culto da bandeira e do hino nacional, as cerimónias cívicas, a construção de heróis comuns. O amor natural da pátria não apenas não é o decisivo, como passa a ser perturbador de um são patriotismo. Porque, agora, o amor da *pátria chica* torna-se num sentimento egoísta, paroquial, que corrói o sentimento de solidariedade nacional[459]. Num último degrau de evolução – o da construção de uma pátria universal, coincidente com a Humanidade – o amor da pátria transforma-se-ia num universalismo, que possibilitaria a federação universal, posta como meta da evolução política da homem, nomeadamente de acordo, tanto com o universalismo iluminista do séc. XVIII, como, mais tarde, com a federação universal proposta pela filosofia política comtiana[460]. Em contrapartida, a prevalência de uma concepção naturalista do amor da pátria – i.e., a ideia de que não pode haver amor da pátria senão em relação à pequena comunidade em que se nasce ou se vive quotidianamente a vida real – explica republicanismos de tipo municipalista e federalista, que ocorrerão também a partir, sobretudo, dos meados do séc. XIX[461].

[459] Cf. M. Viroli, *Republicanesimo* cit., 74. Para o mundo latino e latino-americano: Tamar Herzog, *Defining Nations: Immigrants and Citizens in Early Modern Spain and Spanish America*, New Haven, Yale University Press, 2003; ou Id., "Identidades modernas: estado, comunidade e nação no império hispânico, em *Brasil: formação do estado e da nação (c.1770-c.1850)*, São Paulo, Universidade de São Paulo, UCITEC, 2003.

[460] Citando Teófilo Braga (*apud* Catroga, 1991, II, 205), um dos representantes portugueses desta corrente: "era necessário que se operasse «na nossa Natureza bruta uma transfiguração», ou, mais concretamente, impunha-se a «metamorfose verdadeira do homem animal, no homem consciente; do animal cheio de egoísmo, e de força sob o império das leis darwinistas, no homem representante da humanidade». Os meios conducentes a esse estádio seriam a arte e sobretudo a ciência", nomeadamente, a ciência positivista que manifestava as leis do progresso humano.

[461] Cf. Catroga, *O republicanismo em Portugal [...]*, II, 198.

O segundo esclarecimento diz respeito à necessidade de participação no estabelecimento da lei e na condução do governo[462]. Poder-se-ia dizer que, desde que a lei estabeleça a proibição de imposição da vontade de uns à vontade de outros – ou seja, assegure a liberdade civil –, se encontra realizado o republicanismo. No entanto, a própria origem do pensamento republicano – que surge da contraposição de republicanismo a tirania – faria desconfiar desta proposição. De facto, a liberdade exigiria tanto a garantia contra a opressão actual como contra a opressão futura ou virtual e, por isso, não poderia existir um regime político outorgado (pelo príncipe) que garantisse a igualdade perante a lei. Pois, num regime baseado apenas na vontade legislativa de um, nada impediria o monarca de revogar ou inovar as leis, introduzindo a arbitrariedade e, finalmente, a dependência em relação, não à lei, mas a uma vontade arbitrária[463]. Daí que o direito devesse ser um *generale iussum*, ou seja, uma norma oriunda de uma vontade geral.

Note-se, em todo o caso, que a vontade poderia ser *geral*, não por ter tido origem na concorrência da vontade de todos, mas porque obedecia às exigências de um *valor geral*, como a razão ou os princípios da ciência política. Neste sentido, o governo republicano poderia ser o governo de um déspota iluminado, ou o governo de um legislador sábio. É isto que permite que o tema do republicanismo, como governo pela lei racional e geral, pode ser recebido no âmbito da teoria política do absolutismo iluminado[464]. Destacar este relacionamento entre republicanismo e governo racional é importante para perceber a convergência a que se vai assistir no séc. XIX entre as ideias republicanas e o ideal de um governo da razão, não como um governo participado, mas antes como um governo pouco aberto à participação.

Generalidade da lei pode aponta ainda para igualdade dos cidadãos. E, por isso, o republicanismo pôde albergar projectos políticos igualitaristas. Na verdade, a liberdade, como igualdade perante a lei (ou como generalidade da lei), decorreria também do empenhamento do governo em evitar a dependência de uns em relação aos outros. Neste sentido, a pedra de

[462] Viroli lembra, a este propósito, o princípio *quod omnes tangit* e os modos de evitar a monopolização do poder nas repúblicas –, ainda assim elitistas – da Itália moderna (rotatividade dos cargos, não reeleição, incompatibilidades, sindicância dos oficiais), 4 ss..

[463] Cf., M. Viroli, *ibid.*, 34, 54.

[464] Cf. Carlo Capra, "Repubblicanesimo dei moderni e costituzionalismo illuministico: riflessioni sull'uso di nuove categorie storiografiche", *Società e Storia* ss., 26, n. 100-101 (Abril-Setembro 2003), 355.

toque da legitimidade do governo poderia transitar do plano da sua origem para o plano da sua finalidade. Ou seja, o governo não era legítimo por decorrer da vontade livre de todos; era legítimo por garantir igualmente a vontade livre de todos[465]. Esta insistência na garantia da liberdade em relação a outros constrangimentos que não o da lei pode aproximar o republicanismo de correntes igualitaristas e socialistas. É certo que o igualitarismo republicano se refere, exclusivamente, à igualdade política e jurídica, não à igualdade social e económica, já que os republicanos não consideram a fortuna incompatível com a virtude e com o amor ao interesse público, em que esta consiste. Apesar disso, eles não ignoram que a desigualdade poderia prejudicar a justiça, na exacta medida em que permitisse o domínio e, correlativamente, obrigasse à dependência[466]. Daí que a lei devesse prevenir as transferências entre poder económico e poder político; ou, dizendo o mesmo de outro modo, devesse evitar que a riqueza de uns causasse danos políticos a outros (ou porque permitisse o exercício de domínio directo sobre eles, ou porque possibilitasse a corrupção do governo da república). Daí a legitimidade dos "socorros públicos" (hoje diríamos, das políticas de redistribuição, das políticas sociais) no âmbito do modelo republicano[467].

Finalmente, o tema mais significativo, quer do ponto de vista da historico-constitucional oitocentista, quer mesmo do ponto de vista da política dos nossos dias: a relação entre republicanismo e liberalismo.

Para M. Viroli, a grande divisão entre o republicanismo e o liberalismo reside em que, enquanto o último se preocupa apenas com a não interferência (do Estado nas esferas de liberdade de acção dos cidadãos), o segundo se preocupa, sobretudo, com evitar a dependência dos cidadãos, actual ou apenas virtual[468], tanto em relação ao Estado, como *também* entre eles (p. 20). Para retomar uma distinção de Benjamin Constant, retomada por Isaiah Berlin, a liberdade republicana é uma liberdade negativa (*i.e.*, de não ver invadida a esfera pessoal de cada um), *mas aplicada a um domínio que vai além do Estado, abrangendo toda a sociedade civil* (cf., *ibid.*, p. 24). E, neste sentido, o liberalismo aparece como um republica-

---

465 Cf., Viroli, *ibid.*, p. 27, 37.

466 Cf., Viroli, *ibid.*, p. 54.

467 Cf., Viroli, *ibid.*, p. 51.

468 Porque a possibilidade de futura dependência efectiva gera temor; e este coarcta a liberdade. Já a dependência em relação à lei – ou seja, a uma regra geral e abstracta, vinculada ao interesse público – não gera temor, tanto por ser conhecida (e de previsíveis consequências), como por ser querida por todos (cf. p. 21).

nismo empobrecido; e o republicanismo como um liberalismo mais radical, que não se preocupa apenas com o "Estado liberticida" e expande o âmbito da luta pela liberdade à própria sociedade civil[469].

Nesta luta pela liberdade, alguma intervenção pública pode ser necessária, como o estabelecimento de leis que determinem a ilegitimidade do domínio de uns sobre os outros (*ibid.*, p. 27). Daí que, para os republicanos, as restrições legais sejam menos graves do as limitações de liberdade que se verificam no domínio das relações privadas: porque as premiras são impostas em nome do interesse público; estabelecidas pela república; gerais e racionais (libertas de arbítrio e do egoísmo); correspondentes, não a violações, mas a "freios" ou "limitações", ao *arbítrio* de cada um; correspondentes, em contrapartida, à "liberdade republicana"[470]. Eis os exemplos de Viroli: "para libertar as mulheres da dependência [dos maridos] é necessário aprovar leis que garantam uma condição de igualdade no seio da família e limitem o poder arbitrário dos maridos; para proteger os trabalhadores dependentes é necessário estabelecer leis que tutelem a sua dignidade física moral e limitem o poder arbitrário dos empregadores; para emancipar aqueles que têm necessidade da caridade é necessário criar impostos que permitam garantir uma assistência pública adequada. Em qualquer dos três casos, reduzir o domínio de que sofrem alguns dos cidadãos implica a aumentar a restrição da liberdade (negativa) de outros; ou melhor, impor limites a indivíduos que eram livres de agir segundo o seu arbítrio. Não é possível reduzir a dependência sem impor os vínculos da lei. É necessário escolher e entre o domínio (e a dependência) e os vínculos da lei. Os que se revêem na tradição republicana devem escolher as políticas que atenuam o domínio, bem como aquelas que procuram atenuar os deveres civis em nome do desejo de ser livre de impedimentos"[471].

Para o período contemporâneo português, reveste especial importância o republicanismo setecentista francês, tal como foi desenvolvido, sobretudo, por Jean-Jacques Rousseau. Este retoma a tradição do republicanismo clássico em vários aspectos: (i) e exigência de igualdade, o que incluía tanto o respeito absoluto pelas leis (a libertação, dir-se-ia, pela obediência às leis) como a exclusão de quaisquer laços de dependência privada; (ii) a ideia de frugalidade; (iii) a ideia de participação (ou liberdade

[469] Cf. Viroli., *ibid.*, p. 48.
[470] Cf. Viroli, *ibid.*, p. 31-32.
[471] Cf. Viroli, p. 39.

activa); (iv) e a ideia de amor pela pátria, com a consequente entrega de si aos interesses comuns.

Estes severos princípios de virtude foram postos em vigor em França, durante o Período do Terror. Não sendo as leis suficientes para impor a virtude, uma justiça revolucionária implacável caía sobre aqueles acusados de anteporem interesses particulares ao bem comum da república. Os discursos "Sobre o uso do terror e a virtude" e "Sobre os princípios da moralidade pública", proferido por Robespierre em Fevereiro de 1794, documentam bem esta ideia. O republicanismo volta ao proscénio da prática política com a III República francesa (1875-1940), nomeadamente pela voz de Charles Renouvier (1815-1903)[472] e Jules Simon (1814-1896), que cultivam tanto a ideia de que o bem comum constitui a finalidade do governo[473], como a ideia de igualdade social, propondo: (i) no plano material, a instituição pelo Estado de socorros públicos a favor dos mais necessitados[474] (já na Constituição de 1793, art. 21: os socorros públicos como dívida sagrada); (ii) no plano educacional, o progresso e universalização da "escola pública" (o grande combate de Jules Ferry, enquanto Ministro da Instrução); (iii) no plano político, o alargamento do sufrágio[475].

O positivismo sociológico representa outra fase do republicanismo. Mais uma vez, a república (e a ordem jurídica e moral a ela ligada) representa um valor supra-individual, já que a sociedade, longe de ter origem num contrato livre entre indivíduos, decorria de um fundamento objectivo – o princípio da solidariedade. Tal princípio, antes de conferir direitos egoístas, obrigava ao cultivo de uma moralidade cívica, correspondente à interiorização das exigências da solidariedade que marcariam o organismo social[476]. Neste contexto, o Estado (a república) representava a incarnação

---

[472] Cf. Charles Renouvier, *Manuel républicain de l'homme et du citoyen*, (Nouvelle édition publiée avec une notice sur Charles Renouvier, un commentaire et des extraits de ses oeuvres par Jules Thomas. Avant-propos et éclairages de Jean-Claude Richard, Maurice Agulhon et Laurent Fedi, réimpression de l'édition de Paris, 1904).

[473] Criticando, assim, o liberalismo extremo de, v.g., Benjamin Constant.

[474] Já Constituição de 1793, art. 21, os socorros públicos apareciam como "dívida sagrada".

[475] Cf. Alain Renaut (dir.), *Histoire de la philosophie politique*, IV, *Les critiques de la modernité politique*, Paris, Calmann-Lévy, 1999, 328.

[476] Esta moral republicana assentava, para um autor emblemático como Teófilo Braga (*Systema de sociologia*, 1884), nos seguintes preceitos fundamentais: "a disciplina das paixões feita através do desenvolvimento de aspirações de ordem social conducentes ao aperfeiçoamento do indivíduo; o fortalecimento da independência individual, não fazendo derivar a satisfação dos desejos de favores, arbítrio, vontade de outrem ou de acidentes

da realidade objectiva da sociedade e, por isso, era a instância constituinte dos direitos dos indivíduos.

Como se vê, neste contexto, a liberdade e, consequentemente, os direitos individuais, adquirem um estatuto, não originário, mas derivado[477]. Para além de que, aos "direitos-liberdades" (*droits-libertés*) – conferidos ao cidadão contra o poder do Estado – se tendem a sobrepor os "direitos-positivos" (*droits-créances*) – que consistem em direitos a prestações ou serviços do Estado[478-479].

Neste contexto cientista, em que a solidariedade, mais do que uma virtude, era um facto observável na natureza das sociedades humanas, também a virtude ganha um novo sentido, acabando por se confundir com a (in)formação científica, com a capacidade de cada um de saber ler os dados da ciência social acerca da natureza e evolução da sociedade.

Em Portugal, a questão do republicanismo tem estado sobretudo ligada, não à questão do Estado e do seu papel, mas à mera questão do regime.

> Fundamental sobre o tema é a obra de Fernando Catroga *O republicanismo em Portugal [...]*, de 1991. Já aí, Catroga insistia na ideia de que a questão do republicanismo era uma questão de mundividência política

casuais; o fomento da consciência da superioridade própria de cada homem, considerando-se os defeitos subjectivos como males hereditários e atávicos, passíveis de serem superados mediante os benefícios da educação; a responsabilização do meio pelas tristezas e males individuais de modo a que se possa removê-los com a mesma impassibilidade com que se reage contra as perturbações do meio físico e contra os acidentes do meio biológico; e, por fim, o culto do mais saudável altruísmo, de modo a se obter a eternização da vida e o crescente aperfeiçoamento da humanidade" (Fernando Catroga, *O republicanismo em Portugal[...]*, II, 222).

[477] Muito embora – para não perderem o fundamental da tradição republicana – os positivistas "liberais" salientem, ao mesmo tempo, que a liberdade era a condição necessária para os indivíduos se tornarem aptos a cooperarem para o bem-estar social e para o engrandecimento e aperfeiçoamento humanos. Sobre este tema das relações entre o princípio da solidariedade e a herança das ideias de liberdade cidadã, Fernando Catroga, *O republicanismo em Portugal[...]*, II, 225 ss. (onde refere os reflexos desta quaestão no pensamento jurídico, nomeadamente de L. Duguit e dos juspublicistas portugueses da época, (nomeadamente, Manuel Emídio Garcia) (236-238).

[478] Sobre a distinção, Alain Renaut (dir.), *Histoire de la philosophie* politique..., cit., IV, 28.

[479] Sobre os direitos individuais na vulgarização republicana portuguesa, v. *Direitos e Deveres do Cidadão*, Lisboa, 1870; *Os Direitos do Homem e do Cidadão pela Commissão de Propaganda do Centro Republicano Democratico de Lisboa*, Lisboa, 1878.

global, mais do que uma simples questão de escolha entre monarquia e república: «Na verdade, mais do que qualquer opção política até então manifestada, havia a consciência de que a República era uma proposta de matriz ontológica, pois a exigência da queda da Monarquia passou a ser gradualmente apresentada como um imperativo não só da natureza humana, mas, e sobretudo, da evolução objectiva do próprio universo, tendência esta que o homem iluminado deveria apreender para a derramar pelo povo, transformando-se em seu mediador ético-social e praxístico privilegiado». Neste sentido, o republicanismo era, antes de tudo, «um ideário global de matriz essencialmente cultural», um projecto pós-iluminista de criar um homem novo, decorado daquelas virtudes altruístas sobre o bem geral, o respeito da lei (como medida comum) e a liberdade. Tal como em França, educação – a educação formal e a inculcação de valores cívicas por meio de cerimónias e comemorações cívicas – e lei contribuem para criar esta matriz humana altruísta. Porém, tanto uma como outra coisa são tarefas do Estado, como representante desta comunidade de cidadãos.

Ultimamente, tem-se insistido de novo sobre o republicanismo como corrente política com um alcance mais vasto e profundo do que o da questão de regime. Nomeadamente Rui Ramos tem insistido na ideia de que o conceito de que aqui se tem tratado teria sido ignorado pela historiografia política portuguesa sobre o período contemporâneo, a qual teria ignorado o modo como o republicanismo oitocentista corrigia os princípios liberais, bem como de que forma antecipava as soluções autoritárias do salazarismo[480]. Nesta medida, a menor atenção ao conceito republicano "teria impedido a percepção de algo de extremamente importante para a compreensão da história contemporânea de Portugal como é a enorme influência que o republicanismo – a cultura republicana – teve em Portugal, uma influência que ultrapassa largamente a do Partido Republicano, organizado em 1876, e a do regime surgido em 1910" (*ibid.*). Segundo Rui Ramos, o republicanismo teria estado presente em muitos políticos e intelectuais do séc. XIX, nomeadamente Alexandre Herculano e Oliveira Martins[481], que

---

[480] Ricardo Leite Pinto, "Neo-republicanism: a critical introduction" paper for Workshop 2 "The History of Political Concepts" at ECPR Joint Sessions, Copenhagen, 14-19 April 2000 (em http://www.essex.ac.uk/ecpr/jointsessions/Copenhagen/papers/ws2/pinto.pdf).

[481] Do primeiro, destacam-se a *História da República Romana* (1907), a *História da Civilização Ibérica* (1880), o *Príncipe Perfeito* (1896) ou as *Cartas sobre a História de Portugal* (1897); do segundo, *A Voz do Profeta* (1837 [saíu anónima]). Sobre o "socialismo catedrático" de Oliveira Martins, cf. Piel, J. M.; Stökl, G., *J. P. de Oliveira Martins und der Sozialismus in der "Generation von 1865": (Beitrag zur portugiesischen Geistesgeschichte des 19.Jhs.)*, Köln, [s.n.], 1959.

o concebiam em termos sobretudo clássicos, amparados em exemplos da história romana. E ter-se-ia continuado em todas as doutrinas de cunho estadualista, a última das quais foi o estranho "corporativismo" do Estado Novo[482].

De acordo com um seu comentador[483], Rui Ramos estabelece uma linha de demarcação entre monarquia constitucional e república, que corresponde aproximadamente à que se pode traçar entre liberalismo e republicanismo: "Porém, enquanto a monarquia constitucional tendia a ver-se principalmente como um sistema de garantias da liberdade individual dos cidadãos, a ênfase do republicanismo era diferente. Os republicanos queriam que os cidadãos fossem livres para que, sem dependerem de ninguém, pudessem voluntariamente pôr o serviço da comunidade acima de qualquer outro interesse. Na República, o indivíduo livre era a matéria prima para a construção do corpo colectivo – a nação republicana – que, portanto, teria a primazia sobre esse indivíduo".

A "decadência portuguesa" – tão ventilada nos círculos intelectuais dos anos '70 do séc. XIX – seria, justamente, explicada pelo abandono das virtudes cívicas, pela sujeição do bem comum aos interesses privados ("corrupção", "partidismo", "facciosismo"), pela apropriação por cliques partidárias ou faccionais da nobre função de fazer leis. Do mesmo modo, tanto a ideia de uma "fusão" de todos em torno de ideias comuns, tão propagandeada entre os anos '50 e '60[484], como a ideia de uma "regeneração"

---

[482] De algum modo, a sequência causal que o A. estabelece entre republicanismo e salazarismo é semelhante à que a historiografia revisionista da Revolução Francesa julga existir entre esta (protagonizada pelo Terror republicano) e os totalitarismos contemporâneos, como o nazismo e o estalinismo. Cf. F. Benigno, "Specchi della rivoluzione: revisionismi storiografici a confronto", em *Storica*, 2(1995), *maxime* 12. Como Benigno nota, é difícil não ver nesta desvalorização dos elementos democrático-liberais do republicanismo, o reflexo de uma pré-compreensão conservadora, que tenta envolver todas doutrinas democráticas e "progressistas" na condenação dos totalitarismos contemporâneos, considerando apenas um elemento que lhes é comum – o da atribuição de uma função reguladora ao Estado, mas ignorando outros elementos fundamentais, como seja o da natureza democrática ou autoritária desse Estado, em que republicanismo e totalitarismo totalmente divergem. Ainda segundo Benigno, a ideia de que os "filhos de Rousseau" são "irmãos de Hitler ou de Estaline" é, na sua génese, um reflexo da ideologia da "guerra fria", retomado pela "nova direita".

[483] Ricardo Leite Pinto, *loc. cit.*

[484] José Miguel Sardica, *A Regeneração sob o signo do Consenso: a política e os partidos entre 1851 e 1861*, Lisboa, Instituto de Ciências Sociais, 2001. Em todo o caso, o "fusionismo" (ou transformismo), mais do que uma corrente ideológica é, sobretudo,

da pátria, de uma "vida nova" para a política, ou de um "reformismo liberal" se ligam a este património ideológico do republicanismo. Assim, o conceito não seria apanágio apenas dos "republicanos", mas partilhada também por algumas correntes dos seus adversários monárquicos[485], estando também na origem de uma valorização do Estado e do direito como pólos centrais de ordenação da vida política.

É claro que sob uma etiqueta tão genérica como a de republicanismo e sob referências tão genéricas como a de "interesse público" ou de primado do Estado e da lei sobre os direitos individuais se abrigam famílias ideológicas muito diversas, sobretudo se se considerar um arco de tempo tão vasto como o conjunto do séc. XIX.

As suas primeiras manifestações correspondem ao republicanismo de Voltaire e de Rousseau, bem como aos seus desenvolvimentos mais radicais do período do Terror e da Convenção (1793-1794), em que domina a ideia de supremacia da virtude cívica e da lei sobre os interesses e direitos particulares, temperada porém por um forte *pathos* de participação cidadã.

Uma segunda onda "republicana" poderia ser constituída pelo pensamento político romântico, surgido justamente como oposição ao anterior, na medida em que nele se destaca a primazia da Nação – concebida como um todo orgânico superior aos indivíduos, personificado no Estado e manifestado na tradição jurídica – sobre os direitos dos indivíduos ou o

---

uma táctica política dominada pelo objectivo de promover a estabilidade governativa com base numa coligação de grupos e facções, normalmente obtido por concessões políticas e pelo suborno prático "«maioria do presidente [do Conselho]», agregadas conjunturalmente sobre interesses de baixo perfil (concessões, obras públicas, comissões militares) nobilitadas com notas programáticas destinadas a permanecer letra morta", Roberto Martucci, *Storia costituzionale. Dallo Statuto Albertino alla Repubblica (1848-2001)*, Roma, Carocci, 2002, 123. Na Europa, o seu expoente exemplar foi Agostino Depretis (1813-1887), "indeciso em relação a tudo, eterno andarilho entre incompreensíveis crises de governo destinadas a perpetuar a sua permanência no poder [...] virtuoso na técnica de elevar a pura sobrevivência governativa à categoria de uma arte do compromisso em si mesmo" (Id., *ibid.*, 123-124). Sobre o transformismo, por último, Luigi Musella, *Il Trasformismo [...]*, cit..

[485] Nomeadamente pelos reformistas e franquistas, cujo património político é, em parte, recuperado pelos autoritarismos do séc. XX, não tanto na sua feição tradicionalista, mas sobretudo na sua vertente para-fascista; cf. Rui Ramos, *João Franco e o fracasso do reformismo liberal (1884-1908)*, Lisboa, ICS, 2001. Pioneira, no sentido desta interpretação do republicanismo, Maria de Fátima Bonifácio, "A republicanização da monarquia (1858-1862", em *Apologia da história política. Estudos sobre o século XIX português*, Lisboa, Quetzal, 1999

resultado das votações parlamentares[486]. Este romantismo – que se manifesta logo a partir dos inícios do séc. XIX – vai abranger correntes muito diversas; desde a Escola Histórica Alemã até ao Doutrinarismo francês.

A partir dos anos '30, a superação do individualismo contratualista manifesta-se também no sociologismo comtiano, que insiste no anti-individualismo e na solidariedade social.

Ao passo que, na Alemanha, o mesmo anti-individualismo está presente na ideia de Estado de Direito (*Rechtsstaat*) – ou seja, de um Estado que apenas reconhece limites no direito por ele criado, e não nos direitos originários dos indivíduos –, o que explica os seus acentos, por um lado, cesaristas e autoritários e, por outro, socializantes (*Kathedersozialismus*)[487].

Finalmente, já nos finais do século XIX – mas, sobretudo, nos inícios do séc. XX –, esta supremacia do público e do social, até ao ponto de aniquilar a ideia de indivíduo e de direitos subjectivos, manifesta-se no fascismo e no nazismo[488]

Tudo o que estas diferentes correntes têm em comum é uma referência ao interesse público, como correctivo do liberalismo extremo da tradição anglo-saxónica (o qual, de resto, marca muito pouco as ideias políticas no continente[489]). Mas esta referência comum não pode obscurecer o que há de diferente entre elas no que respeita ao modo de conceber e justificar a primazia do público sobre o privado.

Seja como for. Prestar atenção a esta contínua presença dos valores comunitários (públicos) como correctivo a uma ideia puramente contratua-

---

[486] Cf. M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. I.Le libertà [...]*, cit., 135 ss..

[487] Já que se entendia ser dever moral do Estado – como curador do interesse colectivo – melhorar a condição social dos trabalhadores, gerada pelo recente desenvolvimento do capitalismo na Alemanha, mas sem que, com isso, se pusessem em causa nem o interesse do grupo social dos patrões, nem o interesse "nacional". Cf. Brandt, Karl, "Historische Schule der Nationalökonomie", em *Staatslexikon*, 7ª ed., vol. 2, Freiburg i.Br./Basel//Wien 1986, 1283-1286; sobre a influência da escola da "economia nacional" na teoria política e constitucional, Harald Winkel, "Der Umschwung der wirtschaftswissenschaftlichen Auffassungen um die Mitte des 19. Jahrhunderts", em Coing, Helmut/ Wilhelm, Walter (ed..), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, vol. IV, Frankfurt a.M., 1979 (Studien zur Rechtswissenschaft des neunzehnten Jahrhunderts, vol. 4), 3-18.

[488] C. A. M. Hespanha, Recensão a P. Grossi, *Scienza giuridica italiana [...]*, cit.; Id., Recensão a Paolo Grossi (et al.), *Continuità e trasformazione [...]*; Massimo Latorre, "Nostalgia for the homogeneous community [...]", cit..

[489] Cf., ainda, Fernando Catroga, *O republicanismo [...]*, cit., II, *passim*.

lista das relações políticas tem uma importância fundamental para a história do constitucionalismo na Europa continental. No qual, tradicionalmente, o tópico de uma ruptura "liberal", quer com a sociedade orgânica do Antigo Regime, quer com a sociedade regulada do Estado de Polícia, criou uma imagem distorcida do quadro ideológico marcante durante todo o século XIX. Que não foi o quadro liberal, mas antes um quadro fortemente marcado pela presença da comunidade, como todo orgânico, da razão como regra que se impunha à vontade constituinte, do Estado como personificação da Nação, da lei como momento decisivo para a constituição dos direitos. Aos dois últimos tópicos – decisivos para compreender as ideias constitucionais – dedicaremos, a seguir, um breve excurso.

11.2.3. *Republicanismo, nacionalismo e estadualismo liberal*

Uma das ideias mais constantes na doutrina política europeia continental, durante o século XIX, é a de que a sede dos direitos – desses direitos que a doutrina liberal mandava respeitar e cuja garantia a doutrina constitucional considerava como finalidade da ordem política – era a lei, e não a natureza dos indivíduos ou os pactos constitucionais. De facto, todas as constituições repetem que a liberdade é fazer aquilo que a lei não proíbe e que a garantia dos direitos é concedida nos termos da lei[490].

Tudo isto parece altamente contrastante, não apenas com a ideia que comumente temos do liberalismo político, como com algo que já se disse sobre o consenso – que domina a época a que nos referimos – sobre a existência de uma ordem jurídica superior, superior – inclusivamente – à própria constituição formal[491].

Se nos perguntarmos, porém, o que é, neste contexto, a lei, logo verificaremos que, também para a doutrina mais comum e permanente, esta não é nem a pura e momentânea vontade do poder, nem o resultado de conjunturais votações parlamentares[492]. A lei é, antes de tudo, uma emanação normativa da Nação, considerada como um todo orgânico objectivo, liberto do arbítrio das maiorias parlamentares conjunturais ou dos impulsos legislativos dos governos; a tradução de uma norma objectiva incorporada no tecido das relações sociais estabelecidas; o resultado de uma

[490] Cf. *supra*, 8.6.3.
[491] Cf., *supra*, cap. 11.1.1.
[492] Cf. *supra*, 8.6.3..

prudência legislativa que, tendo captado a soma de interesses e sentimentos existentes na sociedade, conseguiu encontrar uma fórmula que os equilibra e se tornou, por isso, numa emanação da razão política[493], sendo, também por isso, geralmente aceite. O processo de chegar a este precipitado dos sentimentos de justiça partilhados há-de ter, portanto, uma estrutura que garanta o carácter equilibrado, estabelecido e firme dos conteúdos legislativos, evitando a parcialidade, o espírito de facção, a inovação irresponsável e fantasiosa. Daí que se procure comprometer vários órgãos na feitura das leis. Se se trata de Estados representativos, mais de uma câmara (câmara alta, câmara baixa) e, eventualmente, mais de um poder (poder legislativo, poder real, poder moderador). Se se trata de Estados simplesmente constitucionais, o rei – como representante do reino –, as assembleias parlamentares consultivas, o gabinete, comissões de legislação.

Encarada a lei deste modo, duas coisas se tornam patentes. A primeira delas é que é a lei – e não a natureza abstracta do homem (os princípios universais do direito natural) ou a vontade das maiorias parlamentares – quem determina os direitos efectivamente reconhecidos naquela sociedade. A segunda é que, sendo assim, a verdadeira constituição a que o Estado, na sua actuação, deve obedecer é também esta lei, definidora dos direitos e deveres de cada um, como membros de uma sociedade (os seus direitos civis). Isto explica porque é que se torna progressivamente pacífico que o ideal de um Estado constitucionalmente limitado fique realizado com o *Estado de Direito*, ou seja, com um Estado que obedeça ... ao *direito do Estado* (*Staatsrecht*)[494]. A petição de princípio – um Estado é limitado se obedecer ao direito do Estado – é apenas aparente, pois, na realidade, o direito do Estado é constituído por normais legais que se fundam, não na vontade do Estado, mas na própria organização objectiva da Nação. Como o Estado é apenas uma personificação da Nação, o direito legislativo que o Estado emite é direito da Nação e, como tal, um momento de hetero-normação, não de auto-normação. Hetero-normação pela qual o Estado-Nação (Estado-razão) impõe ao Estado-administração (Estado-vontade-acção) o respeito, na sua actividade quotidiana e conjuntural, pelos princípios permanentes da convivência social, positivados na vida nacional e consagrados nas leis.

Esta teorização do Estado tem implicações em vários pontos da teoria política. Um deles é na teoria do soberania. Que, agora, não a radica

[493] Cf. *supra*, 11.2.1.3.

[494] Cf. caps. 11.4.7 e 13.

na Nação, mas no próprio Estado; manifestando-se, no plano externo, pela independência do Estado em relação aos outros e, no plano interno, pela capacidade de emitir comandos dirigidos aos cidadãos, sob a forma de lei[495]. Isto permite recusar as teorias que subordinavam o Estado a uma legitimação que residia fora dele, como o voto democrático, a vontade do rei ou a providência divina, sujeitando a sua ordem ao controle de instâncias não jurídicas.

Assim, e progressivamente, a função directora da Constituição vai sendo substituída por uma função directora do próprio Estado, como "força ética comum de consciência que o povo tem de si mesmo" (C. F. v. Gerber)[496]. A constituição – tanto como antes o fora o direito natural – vai sendo relegada do plano do direito positivo para o plano ideológico e programático. À garantia constitucional – declamatória, sujeita às paixões e à variação – vai-se substituindo a garantia legal – positiva, racional, duradoura. À teoria de um Estado constitucional, vinculado a um pacto contratado pelos representantes da Nação, vai-se substituindo a teoria do Estado de Direito (*Rechtsstaat*), como Estado vinculado pelo *direito de Estado* ou *direito público* (*Staatsrecht*)[497]. Com o que o Estado, com o seu direito e os seus direitos, se vai progressivamente libertando das vinculações aos direitos individuais e ocupando um papel determinante na regulação da vida política.

11.3. A outorga da *Carta*

A Carta constitucional foi, como se viu, outorgada por D. Pedro IV, ainda no Rio de Janeiro, em 29.4.1826[498], e mandada jurar pelos "Três

[495] Cf. Marnoco e Sousa, *Direito político*, cit., 27 (exposição da teoria do Estado de direito, na versão que lhe é dada por Bluntschli).

[496] "Uma força natural contida originariamente no Estado, por este ser a forma social mais alta da humanidade" (C. F. v. Gerber).

[497] O conceito de Estado de Direito é uma criação da juspublicística alemã; V. M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts [...]*, II, 258 (sobre R. v. Mohl: *Die Polizi-wissenschaftnch den Grundsätzen des Rechtsstaates*, 1832-1833).

[498] Terá sido seu redactor o Ministro dos Negócios da Justiça no Brasil, José Joaquim Carneiro de Campos, depois Marquês de Caravelas, também um dos autores da Constituição do Império do Brasil, de 25.3.1824. Sobre o papel de D. Pedro IV no constitucionalismo ibérico, Braz Augusto, Brancato A., "D. Pedro I do Brasil e IV de Portugal e o constitucionalismo ibérico", cit. Sobre as edições da *Carta*, *O conimbricense*, 1888, 4283.

Estados do Reino"[499], tendo estado em vigor durante 84 anos, até ao fim da monarquia, embora com lapsos e modificações, os primeiros resultantes da insurreição miguelista (13.03.1828-26.05.1834[500-501]), da reposição em vigor da Constituição de 1822, depois da Revolução de Setembro (10.9.1836--4.4.1838), e da vigência da Constituição de 1838 (4.4.1838-27.1.1842)[502]; as modificações decorreram das várias revisões constitucionais que originaram outros tantos actos adicionais (05-07-1852, 24-07-1885, 03-04-1896, 23-12-1907)[503].

O primeiro período de vigência da *Carta* corresponde à legislatura de 1826 a 1828[504]. O segundo período corresponde às regências de D. Isabel Maria e de D. Pedro, nas quais foram tomadas importantes medidas legislativas de carácter ditatorial[505]. Os trabalhos legislativos retomam apenas em 1834, depois da derrota miguelista, reunindo-se as cortes em 15.8.1834.

---

[499] Parece que com esta expressão, D. Pedro queria significar os órgãos representativos previstos na Carta. De facto, no dia seguinte à outorga da Carta, D. Pedro nomeou 70 pares e mandou fazer eleições de deputados, na forma do cap. 5, tit. 4 da Carta (30.4.1826). Mas, realmente, nem reuniram os Três Estados, nem se constituíram as novas Câmaras para jurar a Carta. Esta foi, assim, apenas jurada (a 31.7), pela regência, membros do governo e titulares e outros membros da corte; na província, à medida em que foi possível, pelas autoridades civis e militares. Sobre o cerimonial do juramento, Joaquim de Almeida e Araújo Correia de Lacerda, *Programa [do] juramento da Carta Constitucional*[...].

[500] Em rigor, a Carta manteve-se em rigor, virtualmente, durante o período miguelista; mas, pelo menos, é aplicada expressamente desde 1829-1830, com a nomeação por D. Pedro de órgãos de governo para Portugal: 2.1.1929: nomeação de Palmela como Ministro e Secretário de Estado da Rainha; 15.6.1829: nomeação por D. Pedro de uma regência para a filha, chefiada por Palmela e reconhecendo o carácter ditatorial do governo, até à reposição da legalidade constitucional em todo o reino; 2.6.1830: decreto de Palmela, mandando fazer por decreto as reformas ordenadas na Carta.

[501] Em Espanha, a outorga do *Estatuto Real* (10.4.1834), a primeira lei constitucional depois do triénio da segunda vigência da Constituição de Cadiz, coincide basicamente com a entrada em vigor efectiva da *Carta*, subsequente à vitória militar dos liberais.

[502] A restauração é formalizada pelo dec. de 10.2.1842, que mandava convocar cortes com poderes de revisão da Carta. Sobre a conjuntura política, v. Manuela Tavares Ribeiro, "A restauração da Carta [...]", cit.

[503] Cf. *infra*, caps. 13 e 14.

[504] Diários da sessões em versão digitalizada, em A. M. Hespanha & Cristina Nogueira da Silva (org.) *Fontes para a história [...]*.

[505] Do trabalho legislativo da 1ª regência, destacamos: (dec. n.° 17) de 30.6.1830, estabelecendo a publicidade dos actos processuais posteriores à pronúncia; dec. n.° 19, de 23.8.1830, anulando todos os actos de governo político de D. Miguel posteriores a 25.4.1828; dec. n.° 25, de 21.11.1830, criando juntas paroquiais electivas para a administração local; dec. de 27.11.1830, estabelecendo o modo da renovação das câmaras

tórios[507]. O Reino de Portugal e dos Algarves constituiria o território nuclear, integrado pelas províncias europeias e ilhas adjacentes; os *domínios* constituiriam um segundo núcleo, objecto de uma soberania territorial; os "estabelecimentos", uma terceira categoria, objecto de direitos pactados com outra potência[508]; finalmente, as "dependências dos domínios", avassaladas directamente ao seu governador, como representante do rei, correspondentes àquilo que, na teoria do espaço político do Antigo Regime[509], era chamado de "entradas e saídas", ou seja, territórios sobre que o centro tinha pretensões reconhecidas de direitos futuros (*intentiones fundatae*). Restava acrescentar que o Reino não renunciava, com esta enumeração, a qualquer território nela não compreendido sobre que tivesse direitos, o que correspondia, ao "etc., etc.," finais no título dos reis de Portugal.

Esta diferenciação não têm, porém, tradução no plano constitucional. De facto, os territórios não se distinguem, nem para efeito de atribuição de cidadania (cf. art. 7), nem quanto ao regime de alienação (art. 75, § 8), embora neste artigo se distinga o reino (sujeito da soberania) das "Possessões, a que o Reino tenha direito" (objectos de soberania)[510].

11.4.2. *Nação, soberania e poder constituinte*

"Nação – diz a *Carta* – é a associação de todos os cidadãos portugueses" (art. 1); sendo cidadãos portugueses os que tiverem nascido em Portugal ou seus domínios (e que não se tivessem tornado brasileiros, art. 7)[511].

---

[507] Esse modelo subsistiu nas monarquias constitucionais do Centro da Europa. Nomeadamente no Império austríaco, em que se distinguiam os territórios hereditários (*Erbländer*), pertencentes desde a Idade Média à Casa dos Habsburgos, de outros territórios, adquiridos de outro modo e com estatutos constitucionais distintos. No séc. XIX, a designação "territórios da coroa" (*Kronländer*) substituiu-se à anterior. Em Portugal, os reis eram "reis" de Portugal e dos Algarves, "senhores" da Guiné", "senhores da conquista e navegação" (ou seja, de direitos tanto actuais como virtuais) da Arábia, da Pérsia e da Índia. Sobre o espaço político de Antigo regime v. A. M. Hespanha, "L'espace politique ...", cit., e Ana Cristina Nogueira da Silva, *O modelo espacial [...]*, cit..

[508] Era, tipicamente, o caso de Macau, em que os portugueses pagavam ao império chinês uma renda, o "foro do chão".

[509] Cf. A. M. Hespanha, "L'espace politique ...", cit..

[510] A distinção entre "reino" e "domínios" ainda aparece a propósito da convocação ordinária das cortes (art. 75, § 1), mas tem que ver apenas com os prazos da convocatória. Sobre a administração, admitindo uma pluralidade de sistemas, cf. art. 132. Sobre este tema, com muito detalhe, Cristina Nogueira da Silva, *A cidadania nos trópicos [...]*, cit..

[511] Segundo Lopes Praça, *Estudos [...]*, I, 153, "A palavra cidadão empregada nos

A *Carta* adopta, portanto, o princípio da territorialidade na definição do universo dos cidadãos.

Este era o critério do direito comum, em que a naturalidade estava ligada ao domicílio de origem (domicílio de nascimento, de baptismo, de alforria)[512], à ligação originária a uma terra natal e ao seu senhor natural. Pode dizer-se que este critério reforçava a ideia do carácter territorial dos laços políticos, ao mesmo tempo que desvalorizava a natureza pessoal da relação entre os súbditos e o poder. Daí que, em França, a distinção entre "rei de França" e "rei dos franceses" tenha sido revestida de significado político, no trânsito para o constitucionalismo[513]. Para os revolucionários, o rei não era já senhor natural de um território e, por extensão, daqueles que aí tinham nascido; não era mais um soberano territorial, senhor indistinto de terras e gente. Era, sim, um representante de *gente*, de *pessoas*, o representante dos franceses, qualidade esta que se adquiria por geração, onde quer que o nascimento tivesse tido lugar. O território passava a não ser mais do que um quadro territorial de exercício do poder, deixando de ser o elemento de ligação natural por meio do qual se definia a pertença à Nação.

O direito português de Antigo Regime dispunha, no entanto, de forma diferente da do direito comum e semelhante a esta pós-revolucionária, adoptando um critério pessoal para a definição da naturalidade. Era português, em geral, o filho de pai português (*Ord. Fil.* II, 55), onde quer que tivesse nascido[514]. Esta é, ainda, a solução da *Constituição de 1822*[515], pois – além de ser a tradicional – se adaptava muito bem à ideia de Nação como comunidade de pessoas vinculadas entre si por uma razão

arts. 7 e 8 da Carta Const. tem a significação de português ou natural, alcançando directamente os indivíduos que podem gozar dos direitos *civis*".

[512] Cf., por todos, Domingos Antunes Portugal, *De donationibus [...]*, II, cap. 15.

[513] A Constituição de 1791 (ch. II, art. 2) mudou a titulação real para *Roi des Français*, título aceite por Luís XVI (13.9.1791). Em 6.4.1814, o Senado promulgou uma Constituição em que o rei tinha o título de *Roi des Français*, mas Luís XVIII, na declaração de Saint-Ouen (Maio de 1814) rejeitou a constituição e reassumiu o título tradicional de "*Louis, par la grâce de Dieu, roi de France et de Navarre*", o qual figura na Carta constitucional de 1814. Depois da abdicação de Carlos X (1830), Luís Filipe de Orléans foi proclamado, de novo, *Roi des Français* (9.8.1830).

[514] Simplifica-se um pouco. Na verdade, o português que se ausentasse definitivamente do reino, embora não perdesse a naturalidade, não transmitia a seus filhos nascidos no estrangeiro

[515] Cf. *supra*, 7.1.1.

mais forte (o sangue) do que o facto de terem nascido no território sujeito a um mesmo rei.

A *Carta* volta ao critério territorial, porventura pelo seu carácter mais "monárquico", porventura apenas porque fora o adoptado na Constituição brasileira de 1824 – de que a *Carta* é quase uma cópia –, em virtude de, no Brasil, não ser logicamente possível adoptar o princípio do *ius sanguinis*[516].

11.4.3. *As classes de cidadãos*

Como se viu, ao tratar da *Constituição de 1822* [517], a definição da Nação está estreitamente ligada com a questão da atribuição / reconhecimento dos direitos individuais.

Para o primeiro liberalismo, a Nação era, como se viu (cf. *ibid.*), constituída pelos outorgantes do contrato social. E, por isso, a atribuição de direitos individuais devia ser geral. Por uma de duas razões. Ou porque esses direitos eram anteriores ao contrato e não podiam por ele ser derrogados. Ou porque, sendo instituídos pelo contrato[518], deviam ser igualmente repartidos por todos os outorgantes, como exigia a própria noção de contrato[519]. Da capacidade para serem titulares de direitos estavam excluídos apenas aqueles que não tivessem outorgado o contrato, como era o caso dos estrangeiros[520] e dos escravos. Existiam, é certo, restrições à *capacidade de exercício* de direitos. Mas estas – já conhecidas do direito anterior – relacionavam-se apenas com défices de capacidade natural de entender ou de querer, como a menoridade[521] ou a demência: se a titula-

[516] Já que, os pais dos *brasileiros* eram ... portugueses.

[517] Cf., *supra*, cap. 8.2.

[518] Cf. Jeremy Bentham, *Traité des sophismes politiques*, Bruxelles, Societé Belge de Librairie, 1840, "Sophismes anarchiques. Examen critique de diverses déclarations de droits de l'homme et du citoyen» (= Jeremy Bentham, *Political Sophisms*, London, circa 1820). As teses de Bentham sobre o carácter derivado dos direitos individuais são criticadas longamente por Benjamin Constant, cuja lição é acolhida por Vicente José Ferreira Cardoso da Costa, *Que he o codigo civil*, Lisboa, Typ. António Rodrigues Galhardo, 1822, p. 128.

[519] Como vínculo livre entre iguais.

[520] Sujeitos às leis do país, desde as penais, administrativas e fiscais, até àquelas que determinavam os direitos privados que lhes eram reconhecidos. Cf. arts. 3 e 12 a 16 do *Code civil*.

[521] E estados equiparados, como a condição de mulher, de doméstico, de religioso regular.

ridade de direitos era natural, só por deficiência dos dons naturais alguém podia ser privado deles[522].

A institucionalização dos regimes democráticos – e, nomeadamente, a experiência do primeiro período da Revolução francesa, mais radicalmente igualitarista em termos de outorga de direitos de participação política – vai obrigar a pensar a questão de saber se aquela generalização de direitos, que funcionava de há muito na esfera *civil* – *i.e.*, nas relações entre particulares –, podia estender-se, sem mais, à esfera de intervenção no governo da cidade – i.e., à esfera *política*[523].

O *Code civil* de 1804, promulgado numa fase de refluxo dos sentimentos igualitaristas da primeira época revolucionária, já distinguia "franceses" de "cidadãos". A primeira categoria seria geral, habilitando para o gozo dos direitos civis [524]; a segunda, que habilitava para o exercício de direitos políticos – acesso aos cargos públicos nacionais ou departamentais, e capacidade eleitoral –, era mais restritiva, dependendo das disposições da constituição[525].

A necessidade de restringir a cidadania, entendida como direito de participação nos negócios políticos, foi enfatizada e teorizada por Benjamin Constant na sua célebre conferência de 1819, "De la liberté des anciens comparée à celle des modernes". Aí, ele constata que as anteriores restrições à capacidade de gozo de direitos ligadas a factores naturais que diminuíam o discernimento do interesse particular tinham que ser completadas, quando se tratasse de direitos políticos, por outras relacionadas com o discernimento do interesse geral[526]. Por isso é que:

> "[...] Nas nossas sociedades actuais, o nascimento no país e a maioridade, não bastam, de modo algum para conferir aos homens as qualidades próprias para o exercício dos direitos de cidadania. Aqueles que a indigência mantém numa dependência eterna e que condena aos trabalhos à jorna, nem estão mais esclarecidos do que as crianças sobre os negócios públicos, nem mais interessados do que os estrangeiros numa prosperidade nacional, cujos elementos não conhecem e de que não partilharão as vantagens senão indirectamente [...]" (*Cours [...]*, cit., p. 118).

---

[522] Sobre a capacidade, como constituição de sujeitos, v., adiante, cap. 15.2.2

[523] Cf. antes, 7.1.3, 7.1.3, 11.2.1.5; *infra*, 11.4.4.

[524] "Art. 8. Tout Français jouira de la capacité civile».

[525] «Art. 7. L'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de citoyen, laquelle ne s'acquiert et ne se conserve que conformément à la loi constitutionnelle».

[526] Cf., em português e recentemente, António Araújo, "As duas liberdades de Benjamin Constant", Ver. *Rev. Fac. Dir. Lisboa*, 40(1999), 507 ss..

Para se ser *cidadão (politicamente) activo* e poder exercer os direitos políticos[527] era, portanto, preciso demonstrar um discernimento político que só a posse de certa renda podia atestar (v. *supra*, 11.1).

Esta exigência, no plano da capacidade política, não se estendia, naturalmente, ao gozo e exercício dos direitos civis, pelo que cada um continuaria a ser senhor de uma esfera de direitos privados (propriedade, liberdade, segurança), intocáveis pelo Estado nos termos da garantia que lhe fosse concedida por lei (cf. *supra*, 7.1.3, 11.2.3). Consistindo a liberdade – antes de tudo o resto e mais do que na participação política – justamente nessa intangibilidade, pelo poder, dos direitos civis de cada um (cf. *supra*, 11.1).

Assim, a distinção entre direitos civis e direitos políticos – correspondente à distinção entre nacional (ou cidadão passivo) e cidadão (ou cidadão activo) – torna-se fulcral para a teoria política subsequente.

Ao propor este modelo, Constant está a construir um esquema intelectual muito eficaz no sentido da aristocratização do poder. Por um lado, o que se oferece a todos como garantia fundamental – da propriedade e da liberdade – é algo que, de facto, garante sobretudo os que já possuem algo. Por outro lado, como se concentra todo o significado da liberdade dos modernos na defesa desta esfera de direitos privados, desvaloriza-se, correspondentemente, o significado político da participação no governo, que é encarada mais como um encargo incómodo do que como uma vantagem. Como explicava, em 1838, Basílio Alberto de Sousa Pinto, nas suas lições de direito constitucional o valor da palavra cidadão "mede-se hoje pelos cómodos, que cada um goza no Estado. Deste modo é claro, que naquela sociedade, onde os direitos forem mais, que as obrigações será muito apetecido o título de Cidadão, e vice-versa"[528]. Daí que o estabelecimento de regimes políticos elitistas, em que a maior parte dos cidadãos está afastada da participação no poder, apareça como coisa de pouca gravidade. O governo de muitos por poucos é inócuo se estes muitos tiverem eficaz-

---

[527] "Ser-se membro das diversas autoridades nacionais, ser-se membro das autoridades locais dos departamentos e poder concorrer às eleições destas diversas autoridades" (*Cours [...]*, ch. 7, p. 116).

[528] *Analise da Constituição de 1838*, litogr., 1838, p. 26; publ. em "Fontes para a história constitucional ..."; ao passo que Alexandre Herculano escrevia: "Mantenham-me esta [a liberdade], que pouco me importa que outrem se sente num trono, numa poltrona ou numa tripeça", cit. por Vítor Neto, "Herculano [...]", cit., 665.

mente garantidos os seus direitos civis contra os poucos que governam[529]. O que acontecia, porém, é que os poucos que governavam eram os mesmos para quem a garantia dos direitos civis tinha um conteúdo útil; e os muitos que eram governados eram os mesmos muitos que não tinham nada ou quase nada a ser civilmente garantido

Menos discriminatória do ponto de vista social era a proposta de Silvestre Pinheiro Ferreira, que, embora hierarquizasse a sociedade em 12 ordens, tomava por base o puro critério dos méritos específicos de cada cidadão, atribuindo-lhe os direitos de participação correspondentes aos seus particulares merecimentos[530]. Ou seja, em vez de tomar a renda como sinal de mérito, tomava o mérito, directamente, como critério de atribuição dos diferentes graus de participação política[531]. O sistema era, porém, complicadíssimo e pouco praticável, implicando uma matrícula geral dos cidadãos, exames periódicos que testassem as suas capacidades na ordem a que pertencessem, e promoções (ou degradações) de estatuto correspondentes. De algum modo, a proposta de Silvestre Pinheiro Ferreira aproximava-se do sufrágio orgânico, em vigor em muitos dos Estados constitu-

529 "A importância dos direitos civis deduz-se espontaneamente da sua natureza, e do seu fim e objecto. Derivam-se dos direitos naturais e das disposições da lei. Miram à segurança individual e ao livre gozo da propriedade. A liberdade politica dos povos depende do bem regulado e justo exercício dos direitos políticos. A liberdade civil pende da garantia eficaz dos direitos civis. Sem a liberdade civil de nada valeria a liberdade politica. E, conquanto seja difícil de conceber uma sem outra, ainda assim aquela afigura-se-nos mais necessária e indispensável ao homem. Os direitos políticos não suo de um uso tão contínuo e frequente como os direitos civis. Aqueles só se exercem de tempos a tempos; estes são de todos os dias e do todos os momentos, como companheiros absolutamente indispensáveis do cidadão", J. J. Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta [...]*, parte I, 62 s..

530 V. Silvestre Pinheiro Ferreira, *Projectos de Ordenações para o reino de Portugal*, Paris, Of. Typographica de Casimir, 1831, p. 43 (classificação dos moradores em estados e classes), 87 ss. (graduação civil e militar da população em 12 ordens: desdobrada em quadros), 102 ss. (Processo de classificação); *Projecto de Codigo Politico para a Nação Portugueza*, Paris, Rey et Gravier, 1838, 127 (cadastro civil por classes). Sobre este importante constitucionalista, com uma sua caracterização político-ideológica sumária e correcta (antes de tudo, um "engenheiro social e político", na linha do reformismo tardo-iluminista), Leopoldo Color Jobim, "Considerações sobre a teoria da representação política em Silvestre Pinheiro Ferreira", cit.; v. também, nomeadamente sob o ponto de vista das ideias político-constitucionais, Susana Antas Fernandes Videira, *Para uma história do direito constitucional português: Silvestre Pinheiro Ferreira*, cit..

531 Daí a sua crítica ao critério censitário da Carta: cf. *Projectos de Ordenações [...]*, cit., II, 46.

cionais alemães[532]; e que, lá para os finais do século, voltará a ser proposto, nos quadros de uma concepção organicista da sociedade[533].

Fosse como fosse. Esta restrição da capacidade política apenas a alguns dos cidadãos era necessária para que os impulsos cegos da turba não se sobrepusessem á vontade racional das pessoas de merecimento, para que a "licença" não levasse a melhor sobre a "liberdade". Como escrevia Ramón Salas, ainda na década de '20:

> [Se, na vida política,] "o povo vencesse, o seu primeiro passo para a liberdade seria uma licença desenfreada; e não há nada, absolutamente nada, que se não deva temer de um povo assaz cego, para não ver os limites, que separam a licença da liberdade; e por outra parte assaz enérgico, para manter-se no partido, que houvesse tomado, até que os efeitos infalíveis, e extraordinários da desordem o tivessem obrigado a entrar na ordem; isto é; até que a Nação ficasse arruinada para muitos séculos!"[534].

Ao passo que Alexandre Herculano declara – coerentemente, desde 1837 a 1867 – que se as leis se aferissem "pelos princípios eternos do bom e do justo, [...] não perguntarei se estão acordes ou não com a vontade de maiorias ignaras». Além de que, como a moral estava indissociavelmente ligada à razão, o problema do povo não era apenas o da sua irracionalidade, era também o da sua vileza: "a ralé popular é chamada as fezes da sociedade, não porque é humilde, não porque é pobre, mas porque é vil e malvada"[535].

---

[532] Cf. J. J. Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta [...]*, II parte, vol. I, 1897, p. 95.

[533] Cf. Manuel Emídio Garcia, *Plano desenvolvido do Curso de Sciencia Politica e Direito Politico*, Coimbra, Typ. Luis Cardoso, 1885, p. 109; José Frederico Laranjo, *Princípios direito político e direito constitucional portuguez [Livro 3]*, Coimbra, França Amado, 1898, p. 37 (anti-contratualismo; carácter objectivo das instituições e do Estado); José Ferreira Marnoco e Sousa, *Direito político. Poderes do Estado. Sua organização*, Coimbra, 1910, 124. Cf., sobre a crítica da organização individualista do sufrágio, *infra*, cap. 13.

[534] Ramón Salas, *Lições de direito público constitucional para as escholas de Hespanha*, Lisboa, Rollandiana,1822, xiii (A. M. Hespanha & Cristina Nogueira da Silva (org.) *Fontes para a história [...]*). Sobre a oposição irracionalidade do povo – racionalidade dos cidadãos, Basílio Alberto de Sousa, *Análise da Constituição Política da Monarchia*, Coimbra, litografada, 1838, 101 (*A. M. Hespanha & Cristina Nogueira da Silva (org.) Fontes para a história [...]*); J. J. Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta [...]*, I, 16.

[535] Citações extraídas de Vítor Neto, "Herculano [...]", cit., 653 ss..

Todos estes tópicos do requisito do merecimento e da racionalidade tinham sido desenvolvidos pelo pensamento político doutrinário (cf., *infra*, 11.2.1).

A *Carta constitucional* é promulgada sob o impacto desta nova filosofia política. Nela se mantém a generalização da cidadania a todos os nacionais, ou seja, a todos os nascidos em território português, do Reino ou dos seus domínios (arts. 1 e 7). No entanto, esta generalização corresponde apenas à generalização da capacidade de gozo[536] dos direitos civis, direitos cuja base a *Carta* define como sendo "a liberdade, a segurança individual e a propriedade" e que garante a todos os cidadãos (art. 145). Porém, já ao tratar dos direitos de participação política, a *Carta* – assumindo implicitamente a distinção de Constant entre cidadãos activos e cidadãos passivos – apenas reconhece direitos políticos (pelo menos na sua vertente de direitos eleitorais[537]) – a alguns, nomeadamente em função da sua renda[538-539].

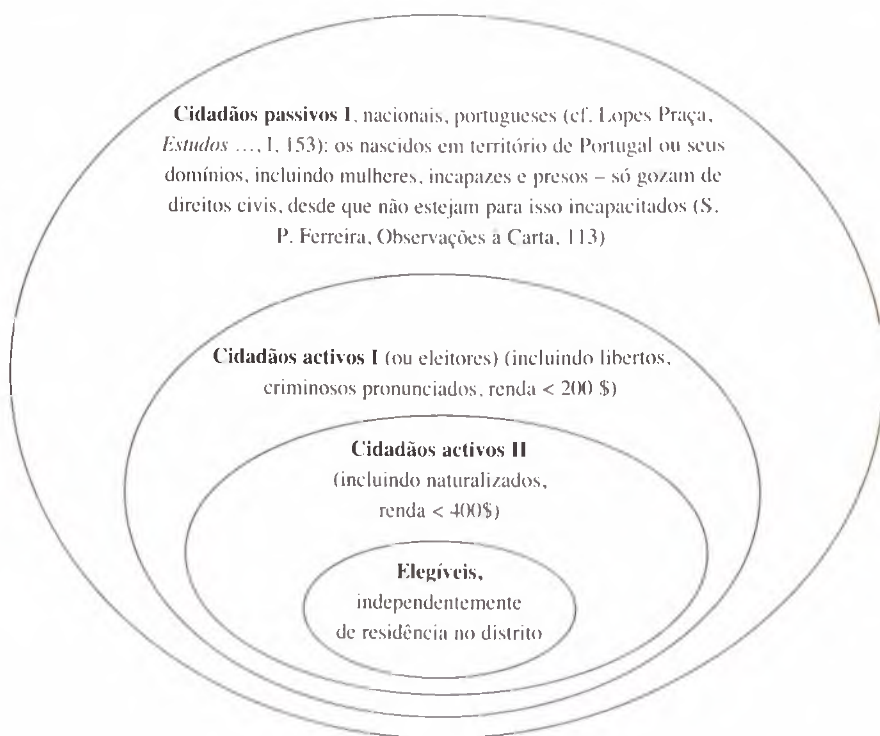
---

[536] Já a capacidade *de exercício* dependia ainda das condições, de há muito estabelecidas, de idade, género, razão, etc..

[537] Cf. art. 63. Já o acesso aos cargos públicos era, em princípio, um direito comum a todos os cidadãos (cf. art. 145, § 13). Para uma enumeração dos direitos políticos dos cidadãos portugueses, v. J. J. Lopes Praça (*ibid.*, I, 64 ss.), citando (já um pouco anacronicamente) Correia Teles, *Digesto portuguez*, "1.° "O direito de votar e de ser votado para deputado da Nação [...] [cidadãos activos] (*Carta*, art. 64 ss.); 2.° O poder de ocupar os cargos de justiça e fazenda, e os ofícios de escrivães e tabeliães (Ord., L. 1.°, Lit. 81, L. 15 de Julho de 1671). 3.° O de poder ser provido nos benefícios eclesiásticos do Reino (Ord., L. '2.°, Tit. 13, § 1.°, L. 18 de Fevereiro de 1512). 4.° O de poder ser donatário dos bens da Coroa (Ord., L. 2.°, tit. 13 pr., Melo L. 2.°, tit. 2, § 8). 5.° O de poder ser escolhido para conselheiro de Estado [...] (*Carta*, art. 108). Mais adiante, Praça já não inclui os privilégios dos naturais segundo as *Ordenações*, fazendo a seguinte enumeração: requisito para "[serem] ministros, conselheiros de Estado, Governadores civis e administradores de Concelho, obrigação de serviço militar, proibição de culto de outra religião que não a católica" (*ibid*, I, 166).

[538] Cf. arts. 65 a 68 (de 100$00 para ser eleitor a 400$00 para ser elegível como deputado). O sufrágio indirecto, consagrado nestes artigos da *Carta* (só substituído pelo sufrágio directo pelo *Acto adicional* de 1852), era outro meio de "filtrar" a vontade dos menos capazes pela mediação dos mais capazes. Cf. J. J. Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta [...]*, II parte, vol I, p. 86.

[539] O art. 6 da *Carta* permite o culto privado de religiões não católicas apenas aos estrangeiros, proibindo-o implicitamente aos portugueses. Uma vez que afasta a ideia de normas sem sanção, Silvestre Pinheiro Ferreira pronuncia-se pela perda da qualidade de cidadão português por quem professe religião diferente da católica (*Observações à Carta*, cit., 111); a verdade, porém, é que esta causa de perda da nacionalidade não vem no art. 8



Ao longo da sua longa vigência, a pré-compreensão política do sistema conceitual e institucional da *Carta* foi avaliado de forma diversa[540].

Os liberais – como Basílio Alberto de Sousa Pinto – vêem na garantia genérica dos direitos civis uma consequência do próprio direito natural, que as leis não podiam deixar de reconhecer[541], sob pena de "querer atacar a própria natureza, essência do homem"[542].

---

da *Carta*. Nem pareceria compatível com o princípio de tolerância religiosa estabelecido no art. 145, § 4. De onde pareça que, de facto, a única sanção seria a impossibilidade de ocupar cargos que exigissem juramento religioso.

540 Sobre as declarações de direitos nas constituições portuguesas, cf. José Joaquim Lopes, *Estudos sobre a Carta Constitucional [...]*, vol. I, 24 ss..

541 Os limites do poder legislativo seriam "não o arbítrio do Legislador; mas eternos princípios da justiça e razão natural; e por consequência o mister do Legislador é descobrir as relações, que a natureza estabeleceu, moldá-las às circunstâncias, e dar-lhes sanção [...]", *Análise da Constituição Política da Monarchia portugueza [...]*,Coimbra, litografadas, 1838, p. 111 s. (A. M. Hespanha & Cristina Nogueira da Silva (org.) *Fontes para a história [...]*, cit.).

542 *Ibid.*, 32.

Esta universalização dos direitos civis era bastante para conceder o título de cidadão, tal como fazia a *Carta*, a todos os que tivessem nascido no território nacional[543]. Dentro dos cidadãos, havia, depois, que distinguir entre cidadãos *activos* e *passivos*[544]. Em contrapartida, o estado e a capacidade dos estrangeiros eram afectadas pelo facto de não serem filhos de nacionais nem terem o seu sangue, de não sentirem o amor da pátria, de não terem interesse nesta sociedade, de não terem entrado no pacto social. Por isso, não podiam, por um lado, ter direitos políticos[545]; por outro, no domínio dos direitos civis, regiam-se pela lei dos respectivos países, salvo em matérias de interesse e ordem públicos, como – por exemplo – as penais ou tributárias[546].

Outros autores optavam por um conceito mais restrito de cidadania, correspondente ao gozo dos direitos políticos. Assim, em 1848, Coelho da Rocha estabelece do seguinte modo a *"Diferença entre português, e cidadão português"*: *"Cidadão português* diz-se aquele, que além dos direitos *civis* goza dos *políticos*, ou *cívicos*. Neste sentido chamam-se *direitos políticos* aqueles, que se referem imediatamente ao estado social, e poder público; como o de votar e ser votado para Deputado, o de ocupar os empregos públicos, ser jurado, entrar na Guarda Nacional, e outros: e *civis* aqueles, que se fundam antes na natureza, e interesses particulares das pessoas, do que nas relações da sociedade, ainda que elas se achem regulados pelas leis; como dispor de sua pessoa e bens, adquirir por doação ou testamento,

---

543 "Em regra geral deve ser cidadão, aquele, que tiver: 1. capacidade, 2. amor da pátria. Ora o amor da pátria conhece-se, primeiro pelo sangue, segundo pelo lugar do nascimento" (Basílio Alberto de Sousa Pinto, *Analise da Constituição de 1838*, litogr., 1838, p. 26; publ. em A. M. Hespanha & Cristina Nogueira da Silva (org.) *Fontes para a história [...]*, [DVD]).

544 *Analise da Constituição de 1838*, litogr., 1838, p. 28; publ. em A. M. Hespanha & Cristina Nogueira da Silva (org.) *Fontes para a história [...]*, cit.. Como os direito do cidadão podiam ser políticos ("aqueles, em que se exerce alguma porção de Soberania", "que dizem respeito imediatamente ao interesse da Sociedade, e imediatamente ao do cidadão", *ibid.*) ou civis ("aqueles, que se gozam em virtude das Leis civis", "que dizem respeito ao interesse imediato de cada Cidadão" *ibid.*), a distinção entre cidadãos activos e passivos considerava tanto as incapacidades civis (v.g., de contratar), como as políticas (v.g., de votar).

545 João de Sande Albuquerque Mexia Salema, *Principios de direito politico applicados á Constituição Politica da Monarchia Portugueza de 1838, ou a theoria moderada dos governos*, Coimbra, Imprensa do Trovão, & Companhia 1841, 393 s..

546 Cod. Civil, art. 26.° e 27.° Todavia, aplicava-se-lhes a lei penal portuguesa, cf. Cod. Pen. 1852, art. 53.

o poder paternal, e outros. Ora o gozo e exercício destes últimos é independente e separado dos primeiros, *Cod. Civ. fr.* art. 7.; e portanto pode qualquer indivíduo ser *português*, sem ser *cidadão português*"[547]. Como a *Carta* – tal como as Constituições de 1822 e 1838 – identificava as duas categorias, Coelho da Rocha – como já o fizera Correia Teles (*Dig. Port.*, 2. art. 4) – tirava partido da vigência subsidiária do *Code civil*, justamente em matérias políticas, para "suprir esta falta" com as disposições do código francês que, como se viu, distinguia os nacionais dos cidadãos.

Porém, mesmo a outorga de direitos políticos não deveria ser considerada como arbitrária e independente de leis objectivas ligadas à natureza do homem e do pacto político:

> "É corrente dizerem os publicistas que os direitos políticos são fundados na organização social, e que a sociedade, que os dá, os pode tirar, ou suspender. Este modo de apreciar a questão, que parece singelo, é evidentemente superficial. Com efeito as leis orgânicas de um povo não são filhas do arbítrio, e do capricho dos homens; e são de pequeno valor e duração as que não vão fundamentar-se nas relações necessárias das coisas, no exactíssimo respeito pela personalidade humana, e na observância das leis superiores porque se regem os destinos das nações e da humanidade. O exercício dos direitos políticos depende, justamente, de certas habilitações e condições de capacidade [...]"[548]

No entanto, em Lopes Praça já se nota uma insistência nova no progressivo alargamento dos direitos políticos, como manifestação de um progresso dos indivíduos, reclamado "com energia pelas modernas ciências sociais e de acordo com a civilização do país"[549]. Tal como se nota uma preocupação de defender "o individualismo, sem prejudicarmos a

---

547 "Na verdade – acrescenta –, ainda que uma pessoa seja privada por sentença dos direitos de cidadão, nem por isso perde os direitos civis; nem por tanto deixa de ser portuguesa", *Instituições de direito civil portuguez*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1848, § 199.

548 J. J. Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta Constitucional*, I, 174. Crítica das concepções utilitaristas e socialistas sobre natureza derivada dos direitos individuais; as quais, nas polémicas intelectuais, se teriam tornado mais temíveis do que os partidários do absolutismo e da teocracia ("os modernos discípulos e professores socialistas, que falam em nome da ciência e incendiados pelo esplendor de horizontes fantásticos, inconsistentes e irrealizáveis"), *ibid.*, I, 182

549 *Ibid*, I parte, 182; II parte, vol. I, 114 ss. ("Pelo que respeita as mulheres, depois do que a seu respeito escreveu Stuart. Mill [...] é licito, pelo menos, dizer – *lis sub judice est.*", 116; conclui no sentido das vantagens do sufrágio universal), 119 ss..

parte que de direito pertence, no regímen dos povos, à sociedade e ao Estado [...] evitando equívocos tendentes a elevar abusos e crimes à altura dos direitos individuais e não recusando, nem à sociedade, nem ao Estado a sua legitima intervenção" (*ibid.*, I, 181). Ou seja, divisa-se em Lopes Praça um *republicanismo democrático*, em que o alargamento da participação política acompanha e legitima o incremento da intervenção reguladora do Estado.

11.4.4. *Os direitos dos cidadãos: direitos civis e políticos*[550]

É no seu último artigo que a *Carta* garante os direitos civis e políticos: "Art. 145 – A inviolabilidade dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Portugueses, que têm por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Reino, pela maneira seguinte".

A fórmula pressupõe uma concepção de direitos que é típica do modelo liberal da Europa continental[551]. Os direitos são *garantidos*, e não *criados* pela Constituição[552]. Ela própria explicita a génese desses direitos, ao dizer que eles "têm por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade". São, por outras palavras, direitos da sociedade natural, fundados na própria natureza do homem. Ratificados e certificados, ulteriormente, pela Constituição; mas, sobretudo, pelas leis (cf., *supra*, 38), que combinam as abstractas declarações de direitos fundadas da razão com um elementos de realismo, de solidarismo e de prudência:

> "Seguindo a *Carta* – escreve Lopes Praça[553] –, tornamo-nos, em grande escala, defensores do individualismo, sem prejudicarmos a parte que de direito pertence, no regímen dos povos, à sociedade e ao Estado. Estes

---

[550] Tit. VIII, arts. 139 ss..

[551] Cf., antes, 7.1.3; 11.2.3.

[552] Sobre o tema da relação entre direitos naturais, direitos civis (os anteriores, garantidos ou positivados pela lei) e direitos políticos (os concedidos aos indivíduos como meio de garantir os direitos civis *contra o Estado*), segundo um modelo típico de uma postura liberal, Emmanuel Sieyès, *Fundamentos do Estado* (1794), em Emmanuel Sieyès, *Escritos y discursos de la revolución*, estudio preliminar, traducción y notas de Ramón Maíz, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 236 ss.. Cf. também o que se disse anteriormente, a propósito da Constituição de 1822 e da doutrina política liberal (cf. nota anterior).

[553] *Estudos sobre a Carta [...]*, cit., I, 181.

> três factores da civilização dos povos olhados isoladamente conduzem, ou podem levar-nos ao absurdo; hostilizando-se reciprocamente, em lugar de se auxiliarem de um modo acomodado a justiça social. Guiados pelo espírito prático do legislador parece-nos ter evitado esse escolho, evitando equívocos tendentes a elevar abusos e crimes à altura dos direitos individuais e não recusando, nem à sociedade, nem ao Estado a sua legítima intervenção".

A garantia legal dos direitos é dada, ao mesmo tempo, pela Constituição e pelas leis ordinárias, designadamente pelas leis civis e pelas leis penais. As primeiras tutelando sobretudo a propriedade; as segundas, sobretudo e a segurança; estando a tutela da liberdade igualmente repartida por umas e outras: a liberdade de contratar, de comerciar, de indústria, pela lei civil; a liberdade pessoal, pela lei penal.

As frequentes remissões constitucionais para a lei, a propósito de cada um dos direitos enumerados nos parágrafos do art. 145, demonstra este carácter entre si complementar da lei ordinária e da constituição na garantia dos direitos civis, uma e outra – por sua vez – apenas momentos declarativos (embora indispensáveis) de uma ordem natural de direitos. Por isso é que a organização imediata dos códigos civil e penal – que deveriam explicitar os direitos naturais universalmente garantidos pela justiça e pela equidade – faz parte, justamente, das garantias constitucionais (art. 145, § 17: "Organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça e Equidade").

Note-se que esta ordem natural que funda os direitos civis está, na fórmula do corpo do artigo, amputada do elemento "igualdade". À trilogia *Liberté, Égalité, Fraternité*, a *Carta* substitui esta outra "Liberdade, Segurança, Propriedade". Se a evocação da fraternidade tinha um tom sobretudo declamatório, já a da Igualdade tinha consequências institucionais precisas, tanto em matéria civil, como em matéria política. Em matéria civil implicaria, por exemplo a igualitarização da capacidade civil de todos os cidadãos, pondo termo, nomeadamente, as todas as diminuições de capacidade impostas às mulheres e, sobretudo, às mulheres casadas, podendo ter ainda implicações muito relevantes no estatuto jurídico da riqueza (políticas redistributivas de vária ordem, desde a fundiária à fiscal)[554]. Em matéria política, implicava a igualdade dos cidadãos perante a lei, a abolição das ordens sociais e de privilégios.

---

[554] Cf., adiante, cap. 15.2.2

Vários parágrafos do art. 145 estabelecem (algumas) garantias de igualdade:

> § 12.° – A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um;
>
> § 13.° – Todo o Cidadão pode ser admitido aos Cargos Públicos Civis, Políticos ou Militares, sem outra diferença, que não seja a dos seus talentos e virtudes;
>
> § 14.° – Ninguém será isento de contribuir para as despesas do Estado, em proporção dos seus haveres;
>
> § 15.° – Ficam abolidos todos os Privilégios, que não forem essencial e inteiramente ligados aos Cargos por utilidade pública.
>
> § 16.° – A excepção das Causas, que por sua natureza pertencem a Juízos particulares, na conformidade das Leis, não haverá Foro privilegiado, nem Comissões especiais nas Causas Cíveis, ou Crimes.

Assim, no plano político, a *Carta* recusa noutros artigos o princípio da igualdade, ao estabelecer, por exemplo, a desigualdade da representação política entre comuns e pares do reino (tit. IV, cap. I), a desigualdade eleitoral (tit. IV, cap. V), ou a garantia "da nobreza hereditária, e suas regalias" (art. 145, § 31).

No domínio civil, a única alusão a uma política igualitarizadora aparece no § 29 do art. 145: "A Constituição garante os socorros públicos". E, mesmo esta leve alusão foi objecto de críticas ferozes, por se assemelhar a um princípio de socialismo, ao "nacionalizar a caridade". Assim, ainda em 1906, Trindade Coelho escrevia:

> "Sendo a caridade individual a raiz da caridade colectiva, ao Estado cumpre somente fomentar a caridade individual, e ver que as instituições que nasçam desta não sejam oprimidas, nem exploradas, nem desviadas da sua legitima aplicação. É este o papel do Estado, e nenhum outro, repugnando, portanto, à própria índole da caridade a coacção por meio do imposto[555] [...] Dizia ele [o "chefe do partido conservador", António de Serpa

[555] Daí que censurasse a obrigação, imposta aos corpos administrativos pela lei de 17.8.1899, de "subsidiar o chamado fundo especial de beneficência pública destinado a defesa sanitária contra a tuberculose [...] O que haveria de fazer era: apoiar as misericórdias, depauperadas pela dispensa de registo de foros, censos e pensões (*Manual político [...]*, cit. 267). Ou: ""O decreto de 27 de Dezembro de 1905 (Eduardo José Coelho) criou os serviços de beneficência pública em Lisboa, e por decreto de 31 de Janeiro de 1906 (idem) foi aprovado a regulamento dos mesmos serviços. Estes são exercidos sob a superintendência do governador civil de Lisboa, por meio do postos de socorros médicos,

Pimentel]. que os governos deviam ocupar-se exclusivamente da sua missão essencial e necessária, isto é, da justiça e da policia, para garantirem a liberdade. A propriedade e os direitos do cada cidadão, sem prejuízo da liberdade, da propriedade o dos direitos dos outros Tudo o mais, comércio. Indústria, viação, instrução, belas-artes, beneficência, deve ficar à iniciativa particular dos indivíduos e das associações, que é em regra muito mais eficaz do que a iniciativa do Estado (V. *Portugal moderno*, p. 216, 267)"[556].

O conjunto de direitos e garantias previstos pelo art. 145 logo nos mostra o carácter "aberto" ou incompleto desta enumeração, no conjunto da qual sobressaem as garantias contra a usurpação de direitos individuais pelo Estado.

Relativas à *liberdade*, existem as seguintes garantias:

§ 1.° – Liberdade de indústria ("Nenhum Cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da Lei"); além de "§ 23.° – Nenhum género de trabalho, cultura, indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e saúde dos Cidadãos";

§ 3.° – Liberdade de expressão do pensamento (todos podem comunicar os seus pensamentos por palavras, escritos, e publicados pela Imprensa sem dependência de Censura, salvo abusos "[...] nos casos, e pela forma que a Lei determinar"[557]);

§ 4.° – Liberdade religiosa ("Ninguém pode ser perseguido por motivos de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não ofenda a Moral Pública")[558];

---

de comissões protectoras dos pobres, e de uma comissão central da beneficência [...] É mais uma forma de centralização, agravada pela constituição aristocrática das chamadas comissões protectoras dos pobres. A melhoria da sorte dos infelizes a dos humildes não é problema que se resolva por esta forma. A velha noção de caridade, que fez desta uma simples obrigação moral, é preciso opor a do direito dos infelizes e dos humildes a parte que os ricos a os ociosos, seus protectores vaidosos ou egoístas, lhes usurpam desumanamente" (*ibid.*, 271).

[556] Trindade Coelho, *Manual politico do cidadão portuguez*, Lisboa, Parceria A. M. Pereira, 1906, p. 265

[557] A *Carta* não prevê, como a Constituição de 1822, a censura prévia em matérias de religião ou de moral.

[558] Mas o culto, mesmo que só privado, de religião diferente da Católica, apenas era permitido aos estrangeiros (art. 6); além de que todos os juramentos para cargos públicos eram religiosos. Como já se disse, os arts. 14 e 15 da Constituição do Império do Brasil inibiam o gozo de direitos políticos aos não católicos. Em Portugal, alguma doutrina inclina-se também nesse sentido.

§ 5.° – Liberdade de circulação "[...] guardados os Regulamentos policiais, e salvo o prejuízo de terceiro".

Quanto à *segurança*, estavam reconhecidos os seguintes direitos:

§ 6.° – Inviolabilidade de domicílio "[...] pela maneira que a Lei determinar";
§ 7.° – Garantia contra a prisão sem culpa formada, "excepto nos casos declarados na Lei [...]";
§ 8.° – Garantia de possibilidade de fiança,"nos casos, que a Lei a admite";
§ 9.° – Necessidade de ordem escrita da Autoridade legítima para se ser preso.
§ 10.° – Garantia de legalidade nos julgamentos (autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na forma por ela prescrita);
§ 11.° – Independência do Poder Judicial [...];
§ 25.° – Garantia de segredo das cartas é inviolável[559].

Finalmente, a garantia da *propriedade* estava contemplada nas disposições seguintes[560]:

"§ 21.° – É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o Bem Público, legalmente verificado, exigir o uso e emprego da propriedade do Cidadão, será ele previamente indemnizado do valor dela. A Lei marcará os casos, em que terá lugar esta única excepção, e dará as regras para se determinar a indemnização";
"§ 22.° – Também fica garantida a Dívida Pública";
"§ 24.° – Os Inventores terão a propriedade de suas descobertas, ou das suas produções. A Lei assegurará um Privilégio exclusivo temporário, ou lhes remunerará em ressarcimento da perda que hajam de sofrer pela vulgarização";
"§ 26.° – Ficam garantidas as recompensas conferidas pelos Serviços feitos ao Estado, quer Civis, quer Militares; assim como o direito adquirido a elas na forma das Leis".

[559] Ligada à garantia da segurança, estava a definição de algumas normas relativas à humanitarização do regime penal: "§ 18 – Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis"; "§ 19 – Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Portanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do Réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau que seja"; "§ 20 – As Cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réus, conforme suas circunstâncias e natureza dos seus crimes".

[560] Sobre o papel constituinte da propriedade, v., adiante, cap. 15.2.3.2.

11.4.5. *A garantia dos direitos*

Já vimos como se garantiam – judicialmente –, no período do Antigo Regime, os direitos estatutários dos súbditos e como este sistema contrariava a teoria política subjacente à Constituição liberal[561].

Daí que – embora mantendo implicitamente a possibilidade de recurso judicial contra actos estaduais lesivos de direitos – a Revolução tivesse reconstruído, em moldes novos, o modelo de relação jurídica entre o Estado e os particulares, bem como os mecanismos que garantiam os seus respectivos direitos: do lado do Estado, o direito de agir em nome do interesse público e de se defender das intromissões paralisantes dos particulares em relação a essa acção (nomeadamente, por meio do privilégio de execução prévia e da sua não sujeição ao controlo judicial comum[562]); do lado dos particulares, o direito defenderem os seus direitos perante o Estado, ou de exigirem deste indemnização ou prestações (justiça, segurança, prestações sociais).

Neste momento, focar-se-á sobretudo a questão da defesa dos direitos dos particulares.

O primeiro mecanismo de garantia dos particulares contra o Estado foi o reconhecimento aos cidadãos de certos direitos gerais, abstractos e invioláveis pelo poder. A doutrina liberal distinguiu – como foi visto – entre direitos primitivos, inerentes à personalidade humana (Constituição de 1822, artigos 1. a 19.; *Carta*, artigo 145.°) e correspondentes aos direitos civis consagrados nas leis – nomeadamente à liberdade, propriedade e segurança –, e os direitos políticos, atribuídos pela Constituição e considerados como funcionais em relação aos anteriores[563].

Já vimos que a *Carta*, ao declarar os direitos individuais, o faz de modo em que, afinal, estes apenas são reconhecidos nos limites das estatuições da constituição e da lei: "Art. 145 – A inviolabilidade dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Portugueses, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, *é garantida pela Constituição do Reino, pela maneira seguinte*: [...]". A Constituição de 1822, ao determinar, no artigo 10.°, que «nenhuma lei, e muito menos a penal,

---

561 Cf. cap. 8.7.5.

562 Sobre o tema, v., L. Mannori e B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 277 ss., 323 ss.. Na literatura portuguesa, o melhor texto sobre a evolução do Estado de Direito, embora sem referências à história constitucional portuguesa é o de António Jorge Novais, *Contributo para uma teoria do Estado de direito [...]*, cit..

563 J. J. Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta [...]*, III, pp. 22-152).

será estabelecida sem absoluta necessidade» estava mais próxima do espírito liberal de um Estado de Direitos[564]. Mas, logo nos seus primeiros artigos, não deixava também de colocar os direitos na dependência de uma sanção legal-estadual[565].

No entanto, o mero reconhecimento dos direitos pouco representaria como forma de conter a acção do Estado. O que decide dos limites de acção deste são, afinal, os meios institucionais postos à disposição dos cidadãos para proteger efectivamente a sua esfera jurídica.

O primeiro deles era, na continuação do direito anterior, a garantia, contra o Estado, das esferas jurídicas dos particulares protegidas, assegurando a sua intangibilidade ou, pelo menos, o dever de indemnizar por parte dos poderes públicos que as ofendam. É este o sentido das normas constitucionais que garantem a propriedade dos cidadãos (Constituição de 1822, artigo 6; *Carta*, artigo 145, § 21). Neste plano (daqueles direitos a que alguma doutrina chama «direitos civis» ou «constituídos», por oposição a direitos «administrativos» ou «adquiridos», mais tarde "direito subjectivos públicos"[566]), os cidadãos estão protegidos pelos meios judiciais ordinários, tal como o estavam antes da Revolução. Só que, agora, o âmbito destes direitos é muito menor, já que, por exemplo, as concessões do poder (v.g., concessões de serviços, ofícios) não são configurados como tais, enquanto que, antes, muitas destas, ou seja, muitos dos "privilégios" (os «remuneratórios»), eram considerados como reais e verdadeiros direitos adquiridos.

Seja como for. O carácter constitucional da ordem jurídica privada – justamente aquela destinada a garantir os direitos primários, nomeadamente, a propriedade[567] – acaba por constituir um limite muito efectivo do

---

[564] Nem a Carta nem a Constituição de 1838 contêm idêntica disposição.

[565] "Art. 1 – A Constituição política da Nação Portuguesa tem por objecto manter a liberdade, segurança e prosperidade de todos os Portugueses"; "Art. 2 – A liberdade consiste em não serem obrigados a fazer *o que a lei não manda*, nem a deixar de *fazer o que ela não proíbe*. A conservação desta liberdade depende *da exacta observância das leis*"; "Art. 3 – A segurança pessoal consiste na projeção que *o Governo deve dar* a todos, para poderem conservar os seus direitos pessoais"; em todos os artigos seguintes, relativos aos vários direitos, se estabelece que eles não podem ser reconhecidos senão nos termos da lei.

[566] A questão da história da génese e desenvolvimento da categoria conceitual de "direitos subjectivos públicos" é um tema central da história do direito público, não apenas do ponto de vista dogmático, mas também do ponto de vista sócio-político.

[567] Cf. Bartolomé Clavero, "Origen constitucional de la codificación civil en España (entre Francia y Norteamérica", em Petit, Carlos (org.), *Derecho privado y revolución bur-*

Estado, feito valer, no plano da discussão política, mas também no plano forense, contra medidas dos poderes públicos, mesmo que tomadas por via legislativa[568]. Algumas das grandes reformas liberais, em Portugal e no Brasil, são postas em causa justamente com base na intangibilidade dos direitos privados de propriedade. É o que se passa tanto com a abolição dos forais[569] ou com a integração da propriedade eclesiástica nos bens nacionais[570], como com a abolição da escravatura em Portugal e no Brasil. Este último caso constitui um elucidativo aspecto da opinião de muitos liberais sobre a correcta hierarquia dos direitos naturais do indivíduo. Pois muitos entendiam que o direito de propriedade dos donos de escravos devia preferir ao direito destes à liberdade pessoal. Ou que, pelo menos, a satisfação deste último direito tinha que ser equilibrada com uma satisfação indemnizatória concedida aos donos dos escravos que deles tivessem que abrir mão por via da política abolicionista. Note-se, em todo o caso, que, mesmo neste plano, as garantias dos particulares diminuem. Pois, quando o ofensor de direitos é o Estado, a jurisdição competente não é – como se verá em breve – a jurisdição comum, mas uma jurisdição especial, constituída no interior da própria administração.

O que acaba de ser dito sobre a possibilidade de opor os direitos à lei do Estado matiza – embora, como diremos, não invalide – o que se disse sobre o carácter derivado dos direitos; ou seja, sobre a limitação da sua positivação como direitos civis apenas aos casos e à medida em que eles fossem reconhecidos pela lei. É que, embora os direitos naturais não se transcrevessem automaticamente na ordem civil, a ordem natural exigiria

---

guesa, Madrid, Marcial Pons, 53-86; Id., "«La Paix et la Loi»: ¿absolutismo constitucional?", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 69(1999), pp. 603-645.

[568] O problema da responsabilidade do Estado perante a violação de interesses dos particulares é uma história complicada, mas altamente significativa, do ponto vista político; cf. Maria Lúcia Amaral (Pinto Correia), *Responsabilidade do Estado [...]*, cit., *maxime*, 47 ss.. Como a A. aí refere ela é, primeiro, uma história da libertação em relação aos quadros privatísticos da teoria da responsabilidade (nomeadamente, em matérias como o conceito de direito subjectivo ou de responsabilização das pessoas colectivas); depois, é uma história da elaboração de conceitos próprios daquilo que se entendia ser específico das realçares jurídicas em que um dos sujeitos fosse o Estado. Mas é, também, fora do campo dogmático em que a A. se situa, uma história das modificações no grau de intervenção do Estado na vida social.

[569] Sobre a questão da abolição dos forais, cfr., *infra*, p. 252.

[570] Cf. A. M. Hespanha, *O jurista e o legislador na construção da propriedade burguesa*, versão polic., Lisboa, 1980, 80 pp.; versão abreviada (sem aparato crítico completo), *Análise social*, 61-62(1980), 211-236.

um mínimo da sua observância pelas leis civis. Justamente porque a função do contrato social e da consequente ordem civil (ou política) era assegurar a harmonização e garantia mais eficaz dos direitos naturais e não a sua anulação ou reconstrução artificial. Daí que, se as leis desacautelassem total ou exageradamente os direitos naturais, estes lhes pudessem ser opostos e reivindicados mesmo contra elas.

Outro mecanismo de contenção do poder e de defesa, embora indirecta, dos direitos particulares é o da defesa da legalidade, seja ela a legalidade constitucional, seja a da legalidade ordinária.

A defesa da legalidade constitucional será o tema do número seguinte (cf. 11.4.6).

Quanto ao controlo da legalidade dos actos do poder, ele foi efectivado por meio da possibilidade de recurso contencioso em relação aos actos administrativos ofensivos de direitos.

Se se tratasse de direitos «civis» (nomeadamente, da propriedade, protegidos nos termos da lei civil "geral"), admitia-se uma responsabilidade mitigada do Estado, arguível perante os tribunais comuns. Era o caso, nomeadamente, do dever de indemnizar do Estado, no caso de expropriação, consignado nas constituições (*Const. 1822*, art. 6.°; *Carta*, art. 145.°, § 21; *Const. 1838*, art. 23.°). Depois da promulgação do Código Civil de 1867, passou a valer, em geral, em relação ao Estado, a responsabilidade por lesão de direitos civis, nos termos do art. 2361, pelo qual "todo aquele que violar ou ofender direitos de outrem constitui-se na obrigação de indemnizar o lesado". Em todo o caso – salvo em casos muito contados – a sujeição do Estado a esta responsabilidade foi considerada pela doutrina como indesejável ou, se desejável, incompatível com os dados da legislação portuguesa[571] [572].

Diferente era a situação de violação pelo Estado dos direitos "administrativos" dos cidadãos, ou seja, direitos criados por concessão admi-

[571] Ainda em 1914, Rocha Saraiva, *Lições de direito administrativo*, Coimbra, Livraria Neves, escrevia "É esta doutrina [defensora] da responsabilidade do Estado mais aceitável, e é ela também a que mais se harmoniza com as doutrinas modernas do nosso progressivo século. Pena é que a nossa legislação a não perfilhe desde já" (p. 304).

[572] Sobre a responsabilidade civil do Estado, v. Martinho Nobre de Melo, *Teoria geral da responsabilidade do Estado*, Lisboa, Livr. Ferin, 1914; Maria Lúcia Amaral [Pinto Correia], *Responsabilidade do Estado...*, *passim* (embora com poucas referências específicas à história jurídica portuguesa). Sobre a responsabilidade dos funcionários, Guimarães Pedrosa, *Curso de sciencia da administração*, 289 ss..

nistrativa, como as prestações ou concessões, de vários tipo e objecto, que a administração podia efectuar a favor de particulares[573].

Naturalmente que o recurso para a própria administração (o chamado significativamente recurso "gracioso", já que o que se pedia era a "graça" da revisão da decisão tomada) era sempre possível. Mas onde batia o ponto não era aqui. Era antes no recurso contencioso – ou seja, conflitual –, em que o particular arguía judicialmente a administração reclamando os seus direitos.

Neste plano contencioso, as modalidades de protecção de toda aquela constelação de direitos foram sempre muito débeis. Tanto quanto ao âmbito da sua protecção, como quanto à neutralidade da entidade a quem competia a decisão da causa. Quanto ao âmbito (aos actos administrativos recorríveis e ao fundamento e resultado do recurso), foi-se impondo a orientação de que o contencioso era, apenas, um contencioso "de legalidade", escapando-lhe o domínio dos actos do poder que, ofendendo direitos, não pudessem ser arguidos de ilegalidade, ou seja que se situassem no domínio das opções politicas ("poder discricionário da administração")[574]. E que, por outro lado, visava apenas a anulação do acto administrativo recorrido, e nunca a sua substituição por um outro correspondente à legalidade[575]. Quanto à competência jurisdicional para conhecer destes casos, a situação evoluiu diversamente, embora – globalmente – num sentido pouco favorável à garantia da independência do julgador. Numa primeira fase (Decreto n.° 23, de 16 de Maio de 1832, artigo 85), a possibilidade de apelo (para os conselhos de prefeitura, art. 8, com recurso para o Conselho de Estado, constituído nos termos do artigo 107 da *Carta*[576]) reduzia-se aos actos administrativos lesivos de direitos patrimoniais. Em relação ao sistema de Antigo Regime, a protecção diminuiu muito: não só o âmbito do que se entendia agora por propriedade era menor, como a instância de recurso era constituído por funcionários da própria administração ou por um órgão político – o Conselho de Estado. Em 1835 (Dec. de 8 de Julho)

---

573 Uma área da esfera jurídica dos particulares que o direito do Antigo Regime garantia, ao reconhecer o carácter inviolável dos privilégios administrativos de natureza remuneratória, conceito sob o qual a doutrina englobava, por exemplo, as concessões de ofícios públicos, A. M. Hespanha, *As vésperas do Leviathan [...]*, cit., p. 682.

574 Thomas Lobo D'Avila, *Estudos de administração*, cit., pp. 255 e segs.; Guimarães Pedrosa, *Curso de Sciencia da administração [...]*, «Apêndice», pp. 19 e segs., 50; Marcello Caetano, *Manual de direito administrativo*, pp. 1279 e ss..

575 Ou seja, tratava-se de um recurso de mera anulação.

576 Cf., também, Decreto Regulamentar de 16 de Setembro de 1833.

voltou-se a uma solução garantista (e já pouco típica da ascensão do poder imperial do Estado), devolvendo-se de novo para os tribunais comuns o julgamento das questões contenciosas. Mas o Código administrativo de 1842 organizou de novo tribunais administrativos para conhecer dos recursos dos actos da administração; embora agora se admitisse recurso baseado em qualquer tipo de ilegalidade, e não apenas os fundados na ofensa de direitos patrimoniais[577-578].

Esta tibieza no reconhecimento de direitos dos cidadãos contra o Estado e na institucionalização de meios de os tornar efectivos era o produto de uma longa tradição. Não tanto a tradição do direito comum do Antigo Regime, como se viu. Mas, sobretudo, a tradição combinada do absolutismo monárquico setecentista (e, mesmo, oitocentista) e do jacobinismo revolucionário. Perante o interesse público – fosse ele representado pelo rei ou pelo parlamento – o indivíduo poucos direitos teria. Mas, na segunda metade do séc. XIX, isto é ainda agravado, não apenas pelo novo estadualismo anti-individualista a que nos referiremos ainda [579], mas também pelo surgir da ideia de uma "administração activa", empreendedora, modeladora do tecido social e promotora do progresso, que não poderia ser enleada nas malhas de direitos dos particulares: "a independência e liberdade" dos interesses públicos exigiria a coexistência das funções activa, consultiva e contenciosa na administração; "separá-las para confiar alguma delas a outro poder, equivaleria a dificultar-lhe a cação, anular-lhe a independência, a expô-la a lutas incessantes", afirma Guimarães Pedrosa, em 1908[580].

---

[577] A primeira instância de recurso manteve-se, até 1892, em órgãos administrativos, embora com características próprias, destinadas a conferir-lhe maior independência perante a administração activa. No entanto, de 1892 a 1896, estes foram substituídos, de novo, pela jurisdição ordinária.

[578] A segunda instância de recurso seguiu sendo o Conselho de Estado. Só em 1845 (Carta de 3 de Maio de 1845; Reg.° de 16 de Julho de 1845; Reg.° de 9 de Janeiro de 1850) é que o Conselho de Estado foi reformado, distinguindo-se as suas funções políticas das administrativas e contenciosas. Em 1870 (Decretos ditatoriais de 9 e 11 de Junho), o Conselho de Estado político separou-se do administrativo, dando-se a este o nome de Supremo Tribunal Administrativo.

[579] Cf. cap. 11.4.7.

[580] Cf. Guimarães Pedrosa, *Curso de sciencia da administração*, 9 (citando José Azeredo Perdigão, *Apontamentos de direito [...] fiscal*, Lisboa 1883, I, 67). Sobre esta evolução, no plano europeu, v. L. Mannori e B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 211 ss., 305 ss..

Mais complicado era ainda admitir que os particulares tivessem meios de fazer valer contra o Estado pretensões correspondentes a prestações (nomeadamente, sociais) por parte do Estado, embora previstos na lei. Era a este propósito que a doutrina alemã tinha importado uma expressão que a pandectística tinha consagrado para os direitos entre particulares, a de direitos subjectivos. Adicionando-lhe, porém, o adjectivo "públicos", com isto querendo dizer que tais direitos não decorriam exclusivamente de um direito do sujeito; mas que, este eventual proto-direito, só se tornava numa pretensão juridicamente completa se coincidisse também com um interesse público. Ou seja – simplificando um pouco – direitos subjectivos públicos eram, afinal, interesses públicos do Estado que, adjecticiamente, fossem também do interesse de um particular[581].

A possibilidade de recurso dos actos de poder devia ser complementada por um regime de responsabilização dos ministros, de resto prevista na *Carta constitucional* (arts. 103 a 105[582]). Todavia, à responsabilização política, que se efectivava perante as câmaras, nunca se juntou uma regulamentação legislativa do disposto na *Carta* quanto à responsabilização jurídica (civil, penal ou disciplinar) (art. 104 da *Carta*), apesar de inúmeros projectos sobre este importantíssimo tema[583].

Intimamente conexa com a questão da responsabilidade dos funcionários está a questão da chamada "garantia administrativa", ou seja, da necessidade de prévia autorização do governo para os funcionários serem demandados civil e criminalmente. Este regime explicar-se-ia, não apenas por razões morais, relacionadas com o dever de obediência do funcionário, mas sobretudo pela necessidade de garantir a eficiência da actividade administrativa, libertando-a do risco de inacção dos funcionários inferiores, sempre temerosos, na sua acção, de se verem confrontados com uma sindicância judicial das suas actividades[584].

---

[581] Foi por isso que a moderna teoria dos direitos fundamentais se teve que construir, afinal, contra este conceito, aparente promissor, de direitos subjectivos públicos.

[582] Acerca da efectivação desta responsabilidade pelos actos ministeriais incluídos no poder executivo, cf. CC arts. 37.° e 41.°, § 2. Sobre a responsabilidade ministerial pelos actos do poder moderador – que é o sinal de um regime parlamentar plenamente desenvolvido, v. o AA.CC de 24.7.1885, art. 7.° e AA.CC. de 1896, art. 6.°.

[583] Cf. *supra*, p. 64; e *infra*, cap. 11.4.8.3.2.

[584] V. A. M. do Couto Monteiro, *A garantia dos funcionários* administrativos, cit. (muito interessante, criticando a isenção dos funcionários em relação à jurisdição comum); Guimarães Pedrosa, *Curso de sciencia da administração*, 304 ss. Em geral, L. Mannori e B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 323 ss..

Em França, a garantia administrativa tem origem em legislação de 1789, mas tornou-se mais visível no art. 75 da Constituição do ano VIII ("Os representantes do governo, além dos ministros, não podem ser processados por factos relativos às suas funções, senão em virtude de uma decisão do Conselho de estado; em tal caso, o processo seguirá perante os tribunais ordinários"), na lógica da construção de um Estado administrativo, empreendida por Napoleão.

Em Portugal, a garantia administrativa foi introduzida em 1835[585], tendo sido ratificada no Cód. Administrativo de 1836 (arts. 214 a 216)[586] e estendida a todos os funcionários administrativos pelo Cód. administrativo de 1842 (art. 357). Também o Código Penal de 1852 dispunha (arts. 301 e 302) a impossibilidade de demandar magistrados ou funcionários, civil ou criminalmente, por factos relativos às suas funções, sem autorização do governo. A lei de administração civil de 26.6.1867 (arts. 464.° e 468.°) restringiu a garantia administrativa à responsabilidade criminal[587]. Adverso a ela se revelou o Cód. administrativo de 6.5.1878 (art. 376.°). Mas ela continuou a vigorar para casos previstos em leis especiais (algumas posteriores, 28.8.1876, art. 27; instr. 14.10.1879). O Cód. administrativo de 1886 (art. 395.°) manteve este regime, no essencial. O Codigo de 1895 (art. 446.°) e 1896 (art. 431.°) restabeleceu a garantia administrativa no crime, alargando-a a autoridades, magistrados, funcionários e agentes administrativos[588, 589]. Abolida pelo Dec. de 14.2.1907, voltou-se ao regime do Código administrativo de 1886[590].

[585] D 18.7.1835, arts. 87 e 88.

[586] Para o administrador geral [governador civil], administrador do concelho e regedor de paróquia, no cível e no crime (cf. arts. 6 e 8).

[587] O Código administrativo de 21.06.1870 (art. 331.°) volta a ampliar a garantia administrativa no crime aos funcionários de toda a administração civil.

[588] Mais tarde ampliada (D 3 de 24.12.1901, art. 10, n.° 1: fazenda) (cf. RLJ, 28, p. 274; 11, p. 82).

[589] A lei de 26.7.1899 (base 28ª) suprimia de novo a garantia administrativa. Mas o Código administrativo que devia desenvolver esta lei não entrou em vigor (21.6.1900).

[590] V. Justino A. de Freitas, *Instituições de direito administrativo portuguez*, Coimbra, Impr. da Universidade, 1857, p. 8/9; A. A. do Couto Monteiro, *A garantia dos funcionários administrativos*, Lisboa, Typ. Franco-Portugueza, 1866; J. J. Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta [...]*, I, 115 ss..

Como refere Couto Monteiro[591], tal como estava desenhada na lei, em 1866, a garantia administrativa cobria um número considerável de funcionários (cerca de 140 000), assim distribuídos

Categorias	Número
Governadores civis e seus secretários gerais	42
Administradores de concelho e escrivães	600
Regedores e aproximadores	3 800
Cabos de polícia	133 800
Escrivães da fazenda	646

Ou seja, justamente aquele tipo de funcionários capazes de condicionar efectivamente a vida quotidiana das pessoas, nomeadamente em aspectos de fiscalidade, de polícia e de gestão de relações com a administração.

11.4.6. *A garantia da constitucionalidade da vida pública*[592]

De acordo com o modelo político liberal, a *Carta constitucional* reconhecia que este conjunto de garantias de direitos constituía um dos seus núcleos "constitucionais": "É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos [...]" (art. 144)[593]. O outro núcleo –

---

[591] Reproduzido por Lopes Praça, loc. cit..

[592] Sobre este tema na Constituição de 1822, v. *supra*, p. 59. Para o sistema da *Carta*, a obra clássica é João Maria Tello de Magalhães Collaço, *Ensaio sobre a inconstitucionalidade das leis no direito português*, I, Coimbra, França e Armenio, 1915, p. 54 ss.; conspecto histórico europeu, em Maria Lúcia Amaral (Pinto Correia), *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, 314 ss..

[593] A formulação do artigo é demasiado ampla. Na verdade, não podia ser "constitucional" o que "dissesse respeito [...] aos direitos políticos e individuais dos cidadãos", já que isso constitucionalizaria a maior parte da legislação ordinária; tanto mais que se entendia ser matéria de lei "ampliar, restringir ou modificar direitos ou obrigações" (cf. *infra*, cap. 11.4.8.3.1). O que pode querer dizer é que é matéria constitucional a definição, em abstracto, dos direitos garantidos (v.g., da propriedade, independentemente do que a lei civil lhe atribuir como conteúdo). Mas este ponto de vista não era pacífico, como já se dirá no texto.

relativo à divisão dos poderes – também se relacionava com a defesa dos direitos, pois – como se diz no art. 10 – "a divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efectivas as garantias, que a Constituição oferece"[594]. Mas apenas indirectamente.

O que queria, porém, dizer "núcleo constitucional"?

Queria dizer, desde logo, que, nestas matérias, a *Carta* não podia ser alterada senão pelo processo formal de *revisão*, previsto nos arts. 140 a 144[595]. Mas, por detrás disto, estava a assunção da distinção entre poder constituinte e poder legislativo, entre constituição material, constituição formal e legislação[596]. A primeira, constituída, pelo menos, pelos artigos "constitucionais" da *Carta*; a segunda correspondia a toda a *Carta* (cf. art. 140); a terceira, à legislação ordinária[597].

Quereria, porém, dizer ainda que toda actividade do Estado – desde a legiferação até ao governo e à administração da Justiça teria que se processar nos termos da Constituição? Ou seja, que a *Carta* instaurava um "Estado constitucional" (*hoc sensu*, de um Estado dominado pela primazia da Constituição)?

Não é a primeira vez que esta questão da constitucionalidade nos surge[598]. De todas as vezes se concluiu que era razoavelmente consensual que, tanto a Constituição formal como as leis, estavam dependentes de uma ordem de valores pré-existente – fosse ela constituída pelos direitos individuais ou pelas realidades histórico-culturais de uma nação; pelo

---

[594] Sobre o carácter funcional da organização política em relação à garantia dos direitos civis, v. *supra*, cap. 7.1.2.

[595] "Art. 140 – Se, passados quatro anos depois de jurada a Constituição do Reino, se conhecer que algum dos seus Artigos merece reforma, se fará a Proposição por escrito, a qual deve ter origem na Câmara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte deles". Sobre o processo de revisão constitucional na Carta, Marnoco e Sousa, *Direito político [...]*, Coimbra, França Amado, 1910, p. 602 ss..

[596] A distinção entre matérias constitucionais (= matérias *unanimemente* acordada, no momento da associação política, como a garantia da liberdade dos associados, nomeadamente por meio da instituição da divisão de poderes) e matéria legislativas (= matérias sucessivamente aprovadas *pela maioria*) fora feita por Emmanuel Sieyès, "Limites da soberania" (1794), em Emmanuel Sieyès, *Escritos [...]*, cit., 248 ss..

[597] Para alguns efeitos – nomeadamente, o de revogação de disposições não constitucionais da *Carta* – equivalente à constituição meramente formal (art. 110: "[...] Tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias").

[598] V., *supra*, 8.6.3, 8.7.5; e, de alguma forma, 7.1.3.

contrário, já raramente se punha a questão de saber se a actividade do Estado, nomeadamente a actividade legislativa, estava limitada pelas normas da Constituição formal. Ou seja, aquilo que nós hoje entendemos como o núcleo da questão da constitucionalidade em termos de direito não constituiu um objecto usual de reflexão jurídica[599].

As razões para isto podem ter sido diversas. Por um lado, nos termos de um conceito contratualista de constituição, que a entendia como o produto de um pacto fundacional da sociedade política, não era fácil distinguir a intenção constituinte da intenção meramente legislativa, pois uma e outra eram produto do encontro das vontades dos mesmos representantes da Nação, não se entendendo que a vontade (constituinte) expressa num momento pudesse vincular duradouramente a vontade (legislativa) do mesmíssimo conjunto de pessoas. Por outro lado, uma vez que, nos Estados constitucionais, o legislativo nunca deixava de estar nas mãos dos representantes da nação, era mais importante assegurar a legalidade da administração (em geral, nas mãos de agentes régios) do que a constitucionalidade das leis. Os próprios direitos, a que o espírito liberal tanto queria, estavam a ser instituídos e protegidos pela lei (contra a velha ordem feudal) e não sob o ataque dela[600].

Daí que a questão da constitucionalidade não faça sentido, nos termos em que actualmente a encaramos, podendo até ter um alcance oposto ao de hoje.

Mas, afinal, vinculava a constituição a actividade do Estado, nomeadamente a actividade legislativa?

Aparentemente, sim, pois: (i) o art. 140, ao estabelecer um processo legislativo especial para alterar as matérias constitucionais da *Carta*, implicitamente separava o poder constituinte[601] do poder legislativo ordinário, retirando a este último a faculdade de emitir leis anti-constitucionais[602];

[599] O que não quer dizer que a expressão "inconstitucionalidade" (das leis) não ocorresse e não fosse classificada como um factor de ilegitimidade das normas infra-constitucionais. V., por exemplo, A. M. do Couto Monteiro, *A garantia dos funcionários administrativos [...]*, cit.: "A evidente inconstitucionalidade do preceito de que nos ocupamos com ser motivo sobejo para a sua revogação, está longe de ser único" (p. 25).

[600] Cf., neste mesmo sentido, M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts [...]*, II, 371.

[601] Poder constituinte "subsequente", pois o poder constituinte *originário* residira no rei.

[602] Tomando aqui o adjectivo "constitucionais" em sentido material. Pois as matérias "não constitucionais" da Constituição podiam ser alteradas pelas legislaturas ordinárias (art. 144).

(ii) o art. 139 dispunha que "as cortes gerais no princípio das suas sessões examinarão se a Constituição do Reino tem sido exactamente observada, para prover como for justo"; (iii) as autoridades e titulares de cargos públicos tinham que jurar "cumprir e fazer cumprir a Constituição"[603]; (iv) todo o Cidadão podia "apresentar por escrito ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas ou petições, e até expor qualquer infracção da Constituição, requerendo perante a autoridade a efectiva responsabilidade dos infractores" (art. 145, § 28).

Esta foi a opinião que o lente de direito constitucional, Mexia Salema, exprimiu com veemência nas Câmaras, a propósito da possibilidade de uma câmara sem poderes constituintes interpretar autenticamente um preceito constitucional, o que era bem menos grave do que a aprovação de uma lei inconstitucional:

> "Sr. Presidente, o ultrapassar as raias constitucionais é um crime contra a sociedade, o qual, sendo cometido por aqueles, que estão encarregados de velar pela guarda da *Carta Constitucional*, é sobre maneira agravado por um pérfido abuso do poder, que lhe é confiado. Da *Carta* os legisladores recebem o seu poder, e como podem eles arriscar-se a mudá-la [...] sem destruir o fundamento da sua autoridade? [...] Sr. Presidente, longe vá de mim o querer que uma Constituição Politica, ainda por aperfeiçoar, revista de um carácter de imutabilidade; bem pelo contrário, eu quero com todos os publicistas, entre eles o moderno Ahrens, que seja progressiva, contendo em si mesma o princípio da sua reforma, e fixando as condições, sob as quais devia ter lugar. Esta previsão se acha na *Carta*, para que nada lhe faltasse na sua perfectibilidade"[604].

Todavia, a questão complicava-se, se vista com mais detalhe.

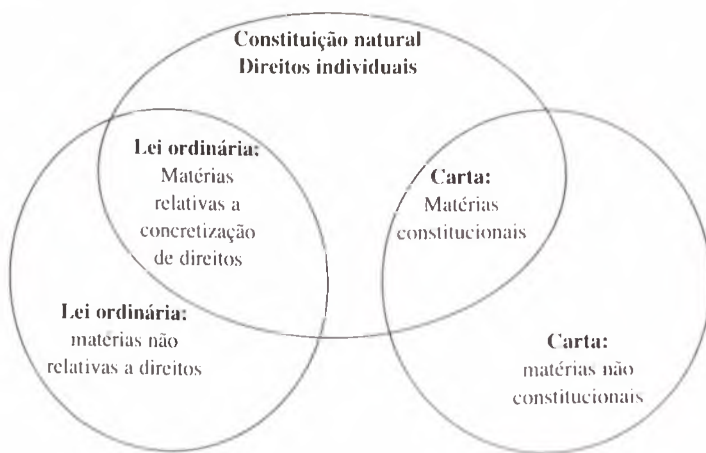
Em primeiro lugar, porque a aplicação prática da distinção entre matérias "constitucionais" e matérias "não constitucionais" era incerta, abrindo a porta ao legislador ordinário (às cortes, sem poderes constituintes ou de revisão) para dispor sobre matérias constitucionais.

Na verdade, era abertamente a isto que o texto constitucional convidava. E era isto que frequentemente acontecia: por lei ordinária, as cortes

[603] Art. 1, § 2; art. 2, § 3; art. 76; art. 79; art. 97; art. 109; fórmula final ("todas as Autoridades, a quem o conhecimento, e execução desta Carta Constitucional pertencer, que a jurem, e farão jurar, a cumpram e façam cumprir, e guardar tão inteiramente, como nela se contém").

[604] *Diário da Câmara dos Deputados*, 1848, sessão de 27.3.1848, p. 9.

– ou até o governo, por decreto ditatorial com força de lei – regulavam matérias relativas a direitos civis e políticos. Toda a imensa legislação eleitoral oitocentista pertencia a esta categoria. Os próprios códigos (nomeadamente o civil e os penais), que estabelecem direitos e obrigações, definem crimes e estabeleciam as suas penas, continham matéria "constitucional" e, não obstante, foram promulgados sob a forma de lei ou mesmo, apenas, de decreto governamental com força de lei. Os impostos, que tocavam no direito de propriedade, eram criados por lei[605]. Porém, a legitimidade de tudo isto raramente é posta em causa. Como se existissem dois domínios de poder constituinte. Um deles, relativo aos princípios sobre matérias constitucionais estabelecidas na *Carta*, pertenceria em exclusivo às cortes expressamente convocadas para efeito de revisão constitucional. Outro deles, relativo à "concretização normativa" dos *princípios* gerais reconhecidos pela *Carta* sobre direitos individuais, competia à lei, da responsabilidade das cortes ordinárias.



[605] Já nos finais do período cartista, Marnoco e Sousa reconhece a série de "dificuldades práticas" a que o critério de delimitação das matérias constitucionais dava lugar: "a lei de 8 de Maio de 1878, estendendo o sufrágio a todos os cidadãos portugueses de maioridade que soubessem ler e escrever ou fossem chefes de família, legislou evidentemente sobre matéria constitucional [...] O próprio poder executivo se tem arrogado a competência para legislar em matéria constitucional. Haja vista ao decreto de 25 de Setembro de 1895 e ao decreto de 23 de Dezembro de 1907" (p. 607) (Marnoco e Sousa, *Direito político. Poderes do Estado*. Sua organização, Coimbra, França Amado, 1910).

No entanto, a questão da constitucionalidade do governo punha-se, tanto a propósito da *Carta* como das leis, em relação a uma constituição material que a doutrina unanimemente reconhecia existir por detrás dos preceitos legislativos (e, também, dos preceitos da *Carta*) e que constituía o critério de avaliação da sua legitimidade (classificando-os como "liberais", na terminologia corrente da época ou, pelo contrário, como "não liberais"). Assim, mesmo opinando que as atribuições das cortes "bem manifestam a sua omnipotência, e a sua acção suprema", Lopes Praça não deixa de aceitar que "essa autoridade superior e primordial só pode ser limitada e contida pelos princípios sacrossantos da razão, da justiça *e do direito*" (itálico nosso)[606].

De alguma forma, esta constituição material estava positivada: (i) nos "princípios de direito público universal", expressamente recebidos no direito interno pela *Lei da Boa Razão*, (ii) nos "princípios liberais", continuamente invocados pela doutrina, e constantes, nomeadamente, da teorização da sociedade feita por Adam Smith e outros economistas liberais[607]; (iii) nos princípios da razão, em que tanto insistiam os doutrinários; (iv) nos "princípios das modernas ciências sociais", tópico corrente no período positivista sociológico; (v) nos "princípios de direito natural", expressamente invocados pelo Código civil de 1867(art. 16). Era perante estes princípios, assim diversamente positivados, que as leis se deviam legitimar.

A segunda dificuldade que se levantava em relação ao controlo constitucional do governo relaciona-se com a anterior. Mas pode ser enunciada de uma forma para nós mais familiar: a da hierarquia entre as normas constitucionais formais (as normas da *Carta*) e as leis ordinárias. Nomeadamente: Como se podia obrigar o legislativo a cumprir a Constituição formal? Quem garantia esse cumprimento? Que recurso existia para o caso de incumprimento?

Do ponto de vista dos princípios, esta questão era menos difícil de resolver sob a *Carta* do que sob a Constituição de 1822. Nesta, na verdade, quem fizera a constituição tinha sido o mesmo poder que fazia a legislação – as cortes; embora estas, ao fazer a constituição, estivessem revestidas de poder constituinte (e, correspondentemente, se tivessem chamado "Cortes

[606] José Joaquim Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta [...]*, II parte, vol. I, 1879, p. 273.

[607] Cf. Araújo, Fernando [2001], *O Conceito mecanicista de liberdade*, Coimbra, Livraria Almedina, 2001.

Gerais Extraordinárias e Constituintes da Nação Portuguesa"). No entanto, o fundamento dos seus poderes era o mesmo – o voto da Nação. Na vigência da *Carta*, as coisas passavam-se diferentemente. A *Carta* tinha sido outorgada pelo rei, como representante da Nação (cf. art. 12), nele residindo o poder constituinte originário e o dever primeiro de "observar e fazer observar a Constituição" (art. 76).

Daí que: (i) as cortes não pudessem alterar a constituição sem o acordo do rei, que devia sempre sancionar as reformas constitucionais, (ii) que a necessidade de sanção real das leis constituísse a primeira defesa em relação à omnipotência do legislativo. Por isso, o veto real podia representar um primeiro acto de controle da constitucionalidade das leis, a cargo de um poder que era tão representante da Nação como as cortes gerais (cf. art. 12)[608] (e que, para além disso, era o titular do poder constituinte originário). Nestes termos, decisão das cortes que obtivesse maioria parlamentar e sanção real tinha passado por dois crivos de apreciação da sua conformidade com a ordem constitucional, ambos eles revestidos da dignidade de representantes da Nação. Se considerarmos que no rei residia também o poder moderador, "chave de toda a organização política", a quem competia velar "incessantemente sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos", e que a sanção das leis era uma atribuição deste poder (e não do executivo, cf. art. 74, § 3), a firmeza das leis aprovadas pelo rei ainda ficava mais reforçada.

Percebe-se, portanto, que se manifestasse uma resistência séria em admitir que outro órgão de soberania – nomeadamente, os tribunais – pudessem invalidar um acto legislativo, tanto mais que, embora independentes, os juízes eram nomeados pelo rei, como chefe do poder moderador[609].

O único controlo do legislativo seria, portanto, político. Controlo que se podia exercer – como refere Lopes Praça – de múltiplas formas: "A publicidade dos relatórios acerca da maneira porque são geridos os negócios públicos; a perfeição das leis secundárias segundo as quais só devem dar a realização às prescrições constitucionais, as comissões de inquérito,

[608] Cf. José Joaquim Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta [...]*, II parte, vol. I, p. 288; já antes (para a Constituição de Cadiz), v. Ramon Salas, *Lições de direito público constitucional* [...], cit., p. 288.

[609] No sentido da omnipotência da lei parlamentar, Silvestre Pinheiro Ferreira, *Projecto de Codigo Politico [...]*, p. 21; (natureza ilimitada do poder legislativo, 220 ss.). José Frederico Laranjo, *Princípios direito político[...]*, cit., [Livro 3], 224.

a discussão miúda e conscienciosa do orçamento do Estado, o uso recto e imparcial do direito de interpelação, a faculdade de pedir esclarecimentos e documentos ao governo concedido aos membros das câmaras, as moções de censura ou confiança ao ministério e sua discussão, a discussão da resposta ao discurso da coroa, tais são os principais meios, consagrados pela lei e pela prática, para inspeccionar em todo e qualquer tempo se a Constituição tem sido escrupulosamente acatada, reverenciada, e rigorosamente seguida"[610]. Para além de que, como *ultima ratio*, os cidadãos poderiam castigar com a não eleição um parlamento que tivesse violado a constituição. Sendo, porém, certo que a reposição do anterior estado (de constitucionalidade) não ficava com isto assegurado. Pois, ainda que o novo parlamento revogasse a anterior medida inconstitucional, nada garantia que o rei sancionasse esta revogação[611].

No entanto, a solução norte-americana de um controlo da constitucionalidade das leis centralizado num tribunal supremo era conhecida desde o início do constitucionalismo. Em 1849, um politólogo liberal e jurista conhecido em Portugal, Edouard-René Lefebvre de Laboulaye (1811-1883), chamava a atenção para o sistema constitucional dos Estados Unidos[612], destacando como pontos-chave não só o seu liberalismo, mas ainda o presidencialismo[613], a instituição do senado ("pedra angular"[614] da Constituição", como lhe chama), e, sobretudo, o seu sistema de controlo da constitucionalidade: "A América pode ainda servir-nos de lição numa questão que, desde há um ano, está, entre nós, na ordem do dia. A doutrina

[610] Em todo o caso, o A. acha que isto não chega, propondo a instituição de mecanismos mais sistemáticos e periódicos de controlo: "[...] seria conveniente, modificando-o, aproveitar o pensamento consignado no n.° IV do art. 118 da Const. de 1822, neste sentido deveriam as comissões da Constituição, ou outras expressamente nomeadas para esse fim, por cada uma das câmaras, redigir um relatório anual para ser apresentado à discussão, em que se mencionassem as infracções observadas", José Joaquim Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta [...]*, 1878, I, p. XXIX.

[611] Note-se que um ministério saído da nova maioria não podia impor ao rei a sanção da medida revogatória da anterior. Ou seja, para manter a anterior medida (inconstitucional), o rei não tinha que fazer nada e, logo, não necessitava da referenda do novo ministério (cf. art. 102).

[612] Cf. «De la constitution américaine et de l'utilité de son étude: discours prononcé le 4 déc. 1849 à l'ouverture du cours de législation comparée», *Revue de législation et jurisprudence*, décembre 1849.

[613] Independência do ministério de quaisquer votações nas câmaras (ressalvada a responsabilidade penal – *impeachment*).

de que o parlamento é todo-poderoso – doutrina que importámos de Inglaterra, onde não há uma constituição escrita – coloca-nos dificuldades sem número, não se podendo fazer uma lei sem que nos exponhamos à censura de ter violado a Constituição. A América não quis que as duas Câmaras, mesmo de acordo com o Presidente, se unissem acima da lei suprema. Eis uma particularidade do sistema Americano, que se encontra tanto nas constituições dos Estados, como na *Carta* federal. Para isso foi criado um Tribunal Supremo dos Estados Unidos, tribunal mais poderoso do que a *Cour de Cassation*, e que pode invalidar uma lei do Congresso dos Estados Unidos, como inconstitucional, tendo-se assim aberto um recurso legal a qualquer pessoa que se julgue vítima de uma violação da Constituição" (ps. 22-23).

O problema era que, em Portugal, como nos restantes sistemas constitucionais europeus, não existia um Supremo Tribunal com as competências da *Supreme Court* dos Estados Unidos. De alguma forma, este sistema de controlo unificado da constitucionalidade, desembocando numa declaração genérica da nulidade do acto legislativo, existira – como vimos – no Antigo Regime[615]. Logo nos anos '30, Silvestre Pinheiro Ferreira propusera a criação de um órgão inspectivo, que teria também essas atribuições[616]. Mas a sua sugestão – se é que chegou a ser feita a D. Pedro IV – não foi acolhida pelo rei-constituinte.

Também desde os anos '30 que – como já vimos – alguma jurisprudência e alguma doutrina propunham um controle judicial difuso da constitucionalidade que, de resto, também não representava nenhuma inovação em relação aos sistema de controlo da legitimidade das leis e dos actos de poder em vigor no Antigo Regime (v. *supra*, p. 59). Os argumentos doutrinais a favor desta solução eram fortes. Por um lado, os juízes, como todas as autoridades públicas, tinham jurado – no acto de posse "cumprir, e fazer cumprir" a *Carta* e, por isso, não deviam poder aplicar legislação que a contrariasse, ou por ir contra os princípios consagrados na constituição jurídica (aquilo a que hoje chamaríamos inconstitucionalidade *material*), ou por ter sido feita por órgão (hoje, inconstitucionalidade *orgâ-*

---

614 Note-se como a expressão "pedra angular" corresponde à designação de "chave" com que a Carta se refere ao poder moderador. Amas relevam de uma metáfora mecanicista (arquitectónica) do poder.

615 Cf., *supra*, 8.7.5.

616 "Conselho Supremo de Inspecção e Censura Constitucional" (Silvestre Pinheiro Ferreira, *Projecto de Codigo Politico [...]*, cit., xii).

nica) ou processo (hoje, inconstitucionalidade *formal*) diferente do consignado na *Carta*[617].

A questão tinha-se posto logo a respeito dos decretos com força de lei emitidos pela Regência (na Terceira, no Porto, ou nos Açores), antes da reunião das cortes (em 1834). Neste caso, estava em causa, sempre, uma violação de aspectos orgânicos e formais da constituição e, eventualmente, também uma da ordem constitucional material (nomeadamente, por violação de direitos anteriores)[618]. Depois, a questão voltou a pôr-se perante os decretos ditatoriais de Passos Manuel[619], em que, na pendência de um processo constituinte, se tomam, por decreto, medidas de natureza legal, ou mesmo constitucional. E, periodicamente, continua a pôr-se em relação aos decretos ditatoriais com força de lei, promulgados no intervalo das sessões parlamentares, que não tivessem (ou enquanto não tivessem) sido ratificados pelo parlamento[620-621].

A jurisprudência variou, sendo difícil avaliar a orientação dominante na prática judicial quotidiana: se (i) o acatamento da lei inconstitucional, se (ii) a sua desaplicação, por contrariar a constituição (desde logo a constituição formal, mas também a constituição material). Provavelmente, ela terá variado, não apenas com o decorrer do tempo, mas também em função do tipo de violação da ordem constitucional de que se tratasse. Nesta perspectiva – e paradoxalmente – a violação politicamente mais sensível poderia ser a orgânica ou formal, porque revelaria a ilegitimidade de exercício do poder, o seu carácter ilegal ou "ditatorial", o facto de nem sequer as formas respeitar[622]. O mais completo tratamento doutrinal da questão surge, já no final do período cartista, nas lições de direito constitucional de Marnoco e Sousa que, tudo somado, se pronuncia pela inaplica-

---

617 Embora também fosse certo que, entre as causas de punição ou de responsabilização dos juízes, não está a violação da Constituição (ou mesmo das leis) (cf. arts. 121, 123, 124).

618 Tal era o caso da legislação ditatorial que demitia funcionários, abolia ou reduzia os forais e direitos banais, que modificava o regime dos bens da coroa ou das comendas das ordens militares, ou que nacionalizava bens de mosteiros.

619 V. discussão no *Diário das Cortes*, 1837, p. 200 ss..

620 Que, além disso, teria que relevar o governo da usurpação que fizera dos poderes do legislativo, por meio do chamado *bill de indemnidade*. V. *infra* sobre a responsabilidade do ministério (n.º 11.4.8.3).

621 Sobre decretos ditatoriais e seu regime constitucional, cf. Trindade Coelho, *Manual politico [...]*, cit., 1906,510.

622 Cf. art. 103 (responsabilidade dos ministros), §§ 3 ("abuso do poder") e 4 ("falta de observância da lei").

bilidade pelos tribunais dos decretos ditatoriais (ps. 742 ss.; 786)[623], embora reconheça que a tendência predominante em Portugal (em 1894-1895) era a de os que tribunais acatarem esses decretos, havendo apenas votos isolados em sentido contrário[624]. Isto apesar de decretos com força de lei já terem disposto sobre temas tão críticos como "liberdade de imprensa, direito de reunião, organização judicial, processo criminal, direito civil, organização administrativa" (p. 756) e, inclusivamente, de se ter procedido a reformas da *Carta* [1895, 1907] por via ditatorial.

José Tavares[625] aborda também o problema da validade dos decretos ditatoriais que, constata, se tinham tornado prática corrente, quer em Itália, quer na Alemanha (*[Not]Ordnungen*) e que ele encara favoravelmente, como uma "legislação de necessidade" (cf. *Carta*, art. 145, § 34)[626]. Para ele, a sindicabilidade judicial destas decretos – como tinha sido proposta, quer por Marnoco e Sousa, quer por José Alberto dos Reis[627] – não estava em uso. Pelo contrário, o que estava na prática constitucional era uma apreciação política da decisão de legislar do governo, bem como do sentido em que o tinha feito. Os sucessivos pedidos e concessões de *bills* de indemnidade aos governos que tinham legislado em ditadura comprovaria este costume[628]. Na jurisprudência, predominaria o acatamento dos decre-

---

623 Para Marnoco e Sousa, os decretos ditatoriais, antes de ratificados pelo *bill* de indemnidade, não teriam qualquer valor jurídico, apenas obrigando a administração (p. 760); neste sentido, a proposta de reforma constitucional de 14.3.1900 autorizava os juízes a não os aplicar; todavia o STJ decidira, em 2.8.1907, que eles eram válidos, sujeitos à condição resolutiva da não ratificação parlamentar. A Câmara dos Deputados aprovara, em 6.10.1906, a responsabilização dos ministros por desrespeito da constituição.

624 Cita, em apoio, Alberto dos Reis, *Organização judiciária*, p. 36. ss.; José Medeiros, *Sentenças*, 5 ss.; Afonso Costa, *Organização judiciária*, p. 61 ss., (Marnoco e Sousa, *Direito político [...]*, cit., 781 ss.).

625 José Tavares, *O poder governamental [...]*, cit., 169. ss..

626 O A. distinguia entre ditadura extrema (com suspensão de garantias), a que constitucionalmente só era possível recorrer nos casos do art. 145, §34 da *Carta*), e a ditadura ordinária, em que o governo usurpava o poder legislativo, mas sem suspender as garantias (cf. pp. 175 ss.). Posição favorável à legitimidade da ditadura (ordinária), p. 190 ss..

627 Nas suas lições de *Organização judiciária*, Coimbra, França Amado, 1908, onde propunha a apreciação judicial, tanto da ratificação parlamentar como da necessidade que teria justificado a legiferação por decreto.

628 Leis de 27.4.1837; 19.8.1848; 1.6.1853; 10.7.1869; 27.12.1870; 27.6.1882; 6.5.1885; 1.9.1887; 7.8.1890; 14.2.1896; 11.4.1901 (cf. Francisco José Medeiros, *Sentenças: direito e processo civil*, *Lisboa*, M. Gomes, 1904).

tos ditatoriais[629], apesar de sentenças isoladas em sentido contrário[630]. Tanto o costume constitucional como a prática judicial confirmariam, segundo o autor, o princípio de que a guarda da Constituição pertencia às cortes e não aos tribunais (cf. arts 15, § 7 e 139)[631].

Claro e definitivo nas distinções que a questão mereceria era o juiz Francisco José Medeiros, na interessante introdução a uma colectânea das suas sentenças[632]:

> Porque os juízes cumprem as leis, não devem eles aplicar decretos, regulamentos, instruções ou quaisquer deliberações do governo, autoridades, corpos e corporações administrativas, contrarias nas suas disposições as disposições das leis constitucionais ou ordinárias.
>
> [...]
>
> O que todavia não quer dizer que os tribunais devam abster-se inteiramente de cumprir os chamados decretos ditatoriais com o fundamento de eles terem sido promulgados com invasão e usurpação de funções legislativas, isto é, fora aos casos restritos do artigo 145.° §§ 33.° e 34.° da Carta Constitucional, do artigo 15, §§ 1.° e 2.°" do acto adicional de 5 de Julho de 1852, e de autorizações concedidas por lei ao governo; porquanto os tribunais não podem legalmente pronunciar-se a tal respeito, pelos seguintes fundamentos.
>
> [...]
>
> O poder judicial deverá ser com efeito, pela sua índole, o guarda natural e fiel dos limites dos outros poderes, o juiz necessário dos seus excessos, dispondo para isso da maior força conhecida entre os homens, a força da inércia, ou fosse não cumprindo quaisquer determinações desses poderes, que excedessem as suas faculdades constitucionais.
>
> Isso, porem, não foi estabelecido assim na Carta; e, porque outro é o nosso direito constitucional, como vimos, há-de parecer em face dele que, assim como o poder executivo não pode anular as decisões dos juízes, mesmo quando eles não tenham competência para julgar, ou julgaram mais do que podiam ou menos do que deviam, também o poder judicial não deve recusar-se a cumprir os decretos do executivo com o fundamento do que este não podia decretar, ou de que decretou alem do que lhe era permitido.

---

[629] Cf. acórdãos do STJ, de 16.7 e 2.8 de 1907.

[630] Cf. José Tavares, *O poder governamental [...]*, 179, notas 1 e 2; 186, nota 1.

[631] Como o art. 10, do projecto de reforma constitucional de 14.5.1900 consignava a não obediência dos juízes a decretos ditatoriais, era possível extrair daqui, *a contrario sensu*, que esse não era o regime da *Carta*, cf. p. 182, com contra-argumentação.

[632] Francisco José Medeiros, *Sentenças (direito e processo civil)*, cit., pp. 5-9.

Exige-o desse modo a independência dos poderes, que não foi estatuída para ser mais uma ficção do regímen.

[...]

Assim, averiguando-se que no decreto das cortes gerais, sancionado pelo rei. há uma disposição, que não foi aprovada pelas duas câmaras legislativas, essa disposição não pode ser acatada como lei. E isso dá-se sempre que por uma das câmaras legislativas é feito um aditamento, ou emenda, ou substituição a qualquer projecto de lei, emanado da outra câmara, sem que essa emenda, ou substituição ou aditamento seja depois aprovado também por esta câmara legislativa, embora eles constem do decreto das cortes gerais, sancionado pelo rei e promulgado como lei do país.

[...]

Sobre o que pode haver hesitações é, se entre uma lei constitucional e outra lei ordinária posterior deve optar-se por aquela ou por esta, dispondo elas em contrário uma da outra acerca de matéria essencialmente constitucional, como a define o artigo 144.° da Carta.

[...]

Neste caso [de uma limitação aos princípios constitucionais de liberdade de imprensa estabelecida pelo Código Administrativo] há manifestamente lei contra lei, a lei ordinária posterior contra a lei constitucional anterior. E, porque é preciso ter opinião a tal respeito, a minha é que se observe a Carta, deixando de cumprir-se o código administrativo.

[...]

A lei constitucional prevalece sobre todas as leis ordinárias enquanto não é devidamente reformada. Por isso e para isso é que ela é lei fundamental do Estado. Se pudesse ser alterada por uma legislatura ordinária, e se contra ela pudesse prevalecer a lei ordinária posterior, e se esta devesse ser cumprida e obrigasse os cidadãos, a lei constitucional perderia a qualidade de lei fundamental, seria uma lei como outra qualquer.

Quer dizer, a lei constitucional, a chamada lei fundamental do estado, seria uma coisa inconsistente e movediça como a areia da praia, e leve como a espuma do mar [...].

E os juízes, não cumprindo a lei ordinária, oposta aos seus preceitos aos preceitos da constituição em matéria rigorosamente constitucional, não exercem nenhum predomínio sobre o poder legislativo, e apenas optam entre duas provisões contrárias por aquela, que reputam ser a verdadeira lei, pois que na outra falecem requisitos e condições externas, que são essenciais e imprescindíveis em uma providência reformadora da lei constitucional.

São estes os princípios. Vamos com eles" (pp. 4-9).

A única tentativa de instituir formalmente um sistema de controlo da conformidade das leis com a constituição é a da gorada proposta de reforma constitucional (do Partido Progressista) de 14.3.1900, que previa a entrega aos tribunais da apreciação da constitucionalidade das leis[633]. E, ao fim e ao cabo, só na Constituição de 1911 é que o instituto foi formalmente recebido no direito constitucional português pós-revolucionário.

Neste âmbito temático da garantia da Constituição, o último tema era o da natureza e efectivação da responsabilidade pelo não cumprimento da Constituição.

A *Carta* não autonomizava esta responsabilidade da responsabilidade ministerial em geral. Na verdade, o art. 103 estabelecia que "Os Ministros de Estado serão responsáveis: § 1 – Por traição; § 2 – Por peita, suborno, ou concussão; § 3 – Por abuso do Poder; § 4 – Pela falta de observância da Lei; § 5 – Pelo que obrarem contra a liberdade, segurança, ou propriedade dos Cidadãos; § 6 – Por qualquer dissipação dos bens públicos". Embora não explicitamente, a enumeração inclui a prática de actos inconstitucionais e classifica esta prática como um delito[634]. Por isso é que a usurpação de poderes legislativos pelo governo – a *ditadura* – fazia com que este incorresse em crime, do qual tinha que pedir para ser perdoado pelo parlamento, pelo *bill de indemnidade*, instituição que a prática constitucional portuguesa importou de Inglaterra[635]. Tudo o restante – que era muito – sobre a natureza da responsabilidade e o processo de a efectivar dependia de lei especial, sempre prometida ao longo do período cartista, mas nunca aprovada. Assim, apenas estava definida a instância que conheceria da "responsabilidade dos Secretários de Estado [= Ministros]", e que era a Câmara dos Pares (art. 41, § 2).

---

[633] José Alberto dos Reis, *Ciência política e direito constitucional [...]*, cit., p. 40; sobre este projecto de revisão da Carta, v. *infra*, 14.5.

[634] Cf. art. 104: "Uma Lei particular especificará a natureza destes delitos, e a maneira de proceder contra eles".

[635] É também esta ameaça de prossecução criminal pelo parlamento (*impeachment*) que cria, na prática constitucional, a necessidade de o governo ter a confiança do parlamento, já que a *Carta* apenas consagrava a necessidade de o ministério ter a confiança política do rei (cf,. art. 74, § 5; art. 75). Porém, em face do risco de ter que responder penalmente por governar contra a lei (por extensão, contra a orientação da maioria parlamentar), os governos sem maioria parlamentar preferiam pedir a demissão.

11.4.7. *A emergência do Estado*

Já antes vimos como uma concepção puramente liberal, em que os direitos individuais se impusessem como objectivos únicos da ordem civil, é alheia à doutrina e à situação constitucionais dominantes na Europa continental[636]. Por muitas razões, umas doutrinais, outras políticas. Ou porque se continuava a realçar o carácter político ou solidário do homem, tal como na doutrina política tradicional do Antigo Regime; ou porque se pensava que era preciso substituir a abstracção dos direitos individuais puros pelo realismo dos direitos efectivamente reconhecidos pela sensibilidade política de cada conjuntura social concreta, expressa nas leis positivas; ou, finalmente, porque se entendiam os indivíduos como órgãos de um ser social colectivo (a Nação); ou porque se sublinhava a preeminência do interesse geral como produto de uma vontade, também geral, que deve preferir às vontades e interesses egoístas de cada um; ou porque se erigia o Estado numa personificação da sociedade e se lhe entregava a tarefa de atribuir a cada um as faculdades correspondentes à sua participação no bem comum. Por qualquer destas razões – cada uma das quais relacionadas com uma das muitas correntes ideológicas que exaltaram, ao longo do séc. XIX, a primazia ou do grupo ou da ordem estabelecida –, o liberalismo, mesmo o dos que se reclamavam de liberais foi sempre muito atenuado pela consciência dos interesses públicos.

Já antes foi citado um texto de Lopes Praça[637] em que se fazia o balanço do êxito das doutrinas individualistas, quer na Europa continental, quer na Inglaterra. Nesse texto, Lopes Praça manifesta-se como um seguidor convicto do liberalismo, defendendo-o das críticas que lhe tinham sido feitas pelos utilitaristas (J. Bentham ou o seu amigo e vulgarizador E. Dumont), na Inglaterra, e pelos positivistas (A. Comte), no continente. Porém, apesar de Lopes Praça se apresentar, aqui, como um dos mais nítidos liberais do séc. XIX português, não escondendo a sua adesão à ideia de que o fim da sociedade política é, antes de tudo, a satisfação dos direitos individuais, ele não deixava também de colocar ponderosas restrições a uma concepção que encarasse os direitos como desligados da função e dos limites que lhe são marcados pela organização concreta das sociedades:

> "As páginas brilhantes com que no século XVIII literatos eminentes e filósofos célebres tentaram demonstrar a possibilidade da existência do

---

[636] Cf. caps. 7.1.3; 11.1

[637] Cf. nota 548.

homem, no estado natural, isolado de seus semelhantes, não puderam resistir à imparcialidade da História, nem às observações, e sisudas averiguações da filosofia da indústria. O estado natural do Homem é a sociedade e não o isolamento. A suposição contrária foi banida para o país das quimeras e da fantasia. E, quando fosse possível demonstrar-se, historicamente, o contrario, não é menos certo que, mais que o isolamento, é propício ao desenvolvimento do homem o estado social; é nesta situação que ele vive, progride e se desenvolve. Faz o homem parte de diversas sociedades que, *como indivíduos complexos, estão subordinados a certas leis, cuja investigação constitui assunto especial de diversas ciências*. O objecto deste livro é estudar as leis orgânicas segundo as quais se devem constituir as Nações e, com especialidade, a Nação portuguesa [...][638]".

"Abandonando o espírito de sistema é fácil verificar que os direitos individuais se não apresentam à *priori* para que sem injustiça sejam negados *in limine*, ao contrário apresentam-se como *resultados recebidos nas leis* ao cabo do longas tormentas intelectuais e revolucionárias enriquecidos com a experiência dos séculos, como resultado de investigações científicas e económicas. Não negamos aos publicistas ingleses que a doutrina dos direitos individuais se recomende pelos seus resultados práticos, pela sua conveniência social; mas atrevemo-nos a dizer que essa utilidade se efectua porque os direitos individuais e o seu exercício legítimo e legal condizem e respondem às verdadeiras leis e imposições da natureza humana num determinado período do seu desenvolvimento [...] Não é [à luz de um estilo animado pela imaginação e pelo sentimento, em livros de propaganda pouco reflectida] [...] nem ainda noutros tratados de filosofia de direito, de direito público, ou da filosofia da indústria] que se pode exclusivamente, preparar o espírito para a fixação correcta e prática das garantias individuais. O estudo profundo da história, das leis e instituições sociais no domínio dos factos, o exame atento das ciências auxiliares fazem entrar nos espírito imparciais convicções menos vagas e genéricas, menos utopistas, mas não menos úteis e proveitosas. É aí que a nossa inteligência se habitua a despojar-se de um egoísmo gratuito [...]"[639].

Esta concepção estadualista – quer se expresse com tonalidades organicistas, cientistas ou realistas – não tem a ver apenas com questões de política prática, como a centralidade ou não dos direitos individuais ou a utilidade ou eficácia da função do Estado.

---

[638] José Joaquim Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta [...]*, cit., I, 2 s..
[639] José Joaquim Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta [...]*, cit., I, 184 s..

Tem a ver, também, com questões de pura teoria; desde logo, com o modo como se concebe a soberania[640]. No primeiro individualismo, a grande querela, a este respeito, era a que opunha os adeptos da soberania popular (ou, simplificando um pouco, da soberania nacional) aos defensores de uma soberania monárquica. Para os primeiros, a soberania residia nos cidadãos, que a transmitiam aos governantes por um contrato social, renovado, depois, em sucessivos contratos eleitorais. Para os segundos, a soberania era um direito régio, ou fundado numa concepção patrimonialista do poder, segundo a qual o poder real era como que uma espécie de propriedade (*dominium [eminens]*) adquirido para a dinastia pela conquista, ou concebida como um direito atribuído por Deus de Deus (jus-divinismo).

Sobre esta distinção teórica originária, enxertam-se sucessivamente outras oposições doutrinais. A partir dos inícios do séc. XIX, os defensores da soberania nacional passam a distinguir um conceito individualista da nação, para a qual esta consistia no conjunto dos indivíduos vivos em cada momento – na geração actual, cuja vontade se exprimia, portanto, pelo sufrágio –, de um conceito organicista, segundo o qual a nação era um corpo vivo, evoluindo na história, e que se manifestava nos dados objectivos (costumes, relações de poder e lideranças naturais, instituições) que, sucessivamente, tinham vindo a formar o espírito daquela nação.

A crítica que é feita à teoria individualista-contratualista salientava, por um lado, o seu carácter abstracto e a sua desatenção à realidade social; mas, por outro, censurava-lhe também a insensibilidade aos interesses trans-individuais, bem como a dissolução do Estado numa soma de vontades[641]. Esta dissolução do vínculo de obediência foi particularmente realçado:

---

[640] Sobre a evolução do conceito de soberania, v., para a época aqui tratada, v.g., José Alberto dos Reis, *Sciencia politica e direito constitucional [...]*, cit., 71 ss..

[641] "Nada mais inadmissível – escreve José Alberto dos Reis (*Sciencia politica e direito constitucional* [...], cit. [1907], 83 s. – do que a teoria de João Jacques Rousseau. Sem nos demorarmos na refutação do estado de natureza e da formação dos Estados por meio de um contrato [...] basta-nos fixar a nossa atenção sobre a sua concepção da soberania, considerada em si mesma, para nos convencermos da sua falsidade. Na verdade, Rousseau confunde a soberania com a vontade geral, quando esta por si só não pode de modo algum constituir um direito. Acima da vontade geral, estão as condições de existência e de desenvolvimento do organismo social, com que ele se deve conformar. Esta vontade geral é considerada como uma manifestação do um arbítrio da maioria, ainda mais incompreensível que o livre arbítrio do indivíduo, visto deste modo se elevar a vontade a

"Deste modo, o exercício da soberania [popular] pode contrariar completamente as exigências da vida social, da tradição e de todas as condições históricas da existência de um Estado. Em face da teoria do Rousseau, não se compreende como se possa impor a obediência política a uma maioria dissidente, visto a esta não poder deixar do competir o direito de reivindicar a sua liberdade primitiva, inata e inalienável [...] Se a legitimidade da soberania repousa sobre a vontade dos cidadãos [...] ninguém pode ser obrigado a obedecer a leis que não tenham sido pessoalmente consentidas, o que seria a destruição da convivência politica"[642].

Esta dissolução do poder do Estado na soma de vontades individuais teria sido corrigida pela teoria da soberania nacional[643]. "A soberania não podia deixar de pertencer substancial e originariamente à nação. A universalidade dos cidadãos era, por isso, soberana; mas no sentido de que nenhum indivíduo, nenhuma fracção ou associação parcial gozava dos direitos da soberania, se o seu exercício não lhes tivesse sido confiado expressa ou implicitamente. Podia dizer-se que a soberania pertencia ao povo, mas ao povo entendido no sentido *político*, isto é, como uma comunidade organizada, e não como uma multidão inorgânica"[644].

No entanto, soberania da Nação acabava por levar também – paradoxalmente – à soberania do Estado, libertando definitivamente o poder deste (como poder da Nação organizada) de realidades que estavam fora dele e que, por isso, o limitavam. O rei soberano, o povo considerado como conjunto de indivíduos, os interesses corporativos dos grupos, eis os limites que outras teorias punham ao poder do Estado. Agora, o Estado é a própria Nação, organizada politicamente. Miceli, um constitucionalista italiano muito lido pelos constitucionalistas portugueses dos fins do século, sublinha esta identificação entre Estado e sociedade organizada (sociedade política): "a soberania é a tendência para a disposição hierárquica manifestada [...] na convivência, ou a necessidade que tem toda a sociedade de organizar a sua forma em harmonia com o princípio da autoridade" (p.

causa única dos fenómenos políticos. Rousseau atende unicamente ao agregado mecânico do maior número, que quer e se impõe, e esquece completamente o organismo social, cujas condições de existência e de desenvolvimento devem ser tuteladas e garantidas".

642 José Alberto dos Reis, *ibid*, p. 84.

643 Que, em Portugal, foi recebida, sobretudo, da doutrina italiana (Gian Domenico Romagnosi [1761-1835], Jean-Charles-Léonard Simonde de Sismondi [1773-1842], Atilio Brunialti [1849-1920]).

644 José Alberto dos Reis, *ibid.*, 89.

92)[645]. O poder do Estado é, portanto, o próprio sentido de autoridade que a vida em sociedade espontaneamente gera. E, por isso, vale por si mesmo, é originário, autónomo e absoluto, não podendo ser sindicado por indivíduos, grupos ou monarcas.

A autonomização e absolutização do poder do Estado, a sua libertação em relação a entidades como a divindade, o soberano, o povo ou a Nação, é produto da teoria política alemã, a partir dos finais da primeira década do séc. XIX, no âmbito da construção da dogmática do chamado "Estado de Direito" (*Rechtsstaat*)[646]

"A doutrina do Estado de Direito, apresentada por Bähr[647] e desenvolvida principalmente por Gneist[648], é – escreve Marnoco e Sousa[649] – uma daquelas que maiores simpatias tem conquistado entre os escritores alemães. Todos, cidadãos e Estado, devem obedecer, segundo Gneist, ao direito, que é uma verdadeira norma objectiva e não uma faculdade individual. O Estado tem natureza essencialmente jurídica, e por isso, em virtude da supremacia do direito que nele se personifica, não pode deixar de ser considerado como o verdadeiro possuidor da soberania. Bluntschli[650] ainda é mais claro a este respeito. Segundo Bluntschli, é o Estado *como pessoa* que tem a independência, o pleno poder, a suprema autoridade, a unidade, numa palavra, a soberania. A soberania *não é anterior ao Estado, nem se encontra fora ou acima dele*, mas é o poder e a majestade *do*

---

645 "Miceli dá à soberania um carácter social quando é certo que ela tem o carácter de uma força essencialmente política. É verdade que os sentimentos, as ideias, os interesses, as necessidades e os costumes dão origem a uma subordinação entre as diversas partes da sociedade, mas essa subordinação não basta para a manifestação da soberania, sendo necessário para isso que essa subordinação revista uma forma politica", observa José Alberto dos Reis (*Ibid.*, 92; citando Micelii, *Saggio di una nuova teorica della sovranità*; René Worms, *Organisme et société* [1896]), para quem haveria que realçar ainda mais o carácter originário do poder estadual.

646 Cf. também pp. 101, 205.

647 O. Bähr, *Der Rechtssaat. Eine publizistische Skizze*, Cassel, 1864.

648 Rudolf v. Gneist (1816-1895); sobre ele, M. Stolleis, *Geschichte* ... II, 385 ss..

649 *Direito político [...]*, cit., [1910], 26. Fontes: I. Brunelli, *Teoria della sovranità*; A. Brunialti, *Il diritto costituzionale*; Livio Minguzzi, *Alcune osservazione sul concetto di sovranità*, em *Archivio di diritto pubblico*. Ii; Bluntschli, *Théorie générale de l'Etat*; V. E. Orlando, *Principi di diritto costituzionale*; Contuzzi, *Trattato di diritto costituzionale*; Combotheera, *Conception juridique de l'Etat*, 1899; Icilio Vanni, *Lezioni di filosofia del diritto*.

650 Johann Caspar Bluntschli, 1808-1881; sobre ele, M. Stolleis, *Geschichte* ..., II, 430 ss.. Cf., adiante, 205.

próprio Estado. A soberania manifesta-se exteriormente como existência própria e independente de cada Estado relativamente aos outros, e interiormente como poder legislativo organizado. A teoria da soberania do Estado ainda é seguida por muitos escritores na Alemanha, como Zorn[651], que considera a soberania característica essencial do Estado, e Haenel[652], que entende que se deve atribuir ou não a qualidade de Estado a uma comunidade politica, segundo ela é ou não dotada de soberania[653]. A teoria da soberania do Estado também conta notáveis defensores em Itália. Assim, Orlando[654] considera a soberania relativamente ao Estado nas mesmas condições, que a capacidade jurídica relativamente à pessoa. Do mesmo modo que a capacidade jurídica do indivíduo compreende todos os seus direitos, assim também a soberania, afirmação da capacidade jurídica do Estado, compreende todos os direitos públicos; sinteticamente a soberania é o próprio direito do Estado. Nesta mesma ordem de ideias, Vanni considera um carácter diferencial do Estado o ser um poder supremo, *suprema potestas*, consistindo nisto a soberania".

Esta construção auto-referencial da soberania foi considerada por alguns como encerrando uma petição de princípio[655]. Porém, ela teria justamente a grande vantagem de emancipar o poder de Estado em relação a princípios legitimadores estranhos a si mesmo[656]. Com isto, a teoria do

---

[651] Philipp Zorn (1850-1928), *Das Staatsrecht des Deutschen Reichs*, 2 vols. (1895--97); cf. http://www.bautz.de/bbkl/z/zorn.shtml.

[652] Albert Hänel, 1833-1918; sobre ele, v. M. Stoleis, *Geschichte ...*, cit., II, 355 ss..

[653] A teoria do *Rechtsstaat* culmina na construção de P. Laband, *Staatsrecht des deutschen Reiches* (Freiburg in Breisgau and Tübingen, 1876); R. von Mohl, *Encyclopädie der Staatswissenschaften* (2ª ed., Tübingen, 1872); G. Jellinek, *Die Lehre von den Staatsverbindungen* (Wien 1882); e O. Meyer, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts* (Leipzig, 1878). Sobre o tema, v. António Jorge Novais, *Contributo para uma teoria do Estado do Direito [...]*, cit..

[654] Vittorio Emanuele Orlando, 1860–1952; *Principi di diritto costituzionale* (1889) e *Principi di diritto amministrativo* (1890).

[655] "Ninguém pode negar ao Estado o poder supremo e o seu exercício de um modo autónomo, mas reconhecer no Estado o fundamento da soberania é uma petição de princípio. Efectivamente, a organização política da sociedade, em que substancialmente consiste o Estado, é uma manifestação externa da soberania, e por isso não se pode dizer que a soberania pertence ao Estado, sem cair numa petição de principio: a soberania pertence ao Estado, o Estado é uma manifestação da soberania". Marnoco e Sousa, *ibid.*, 27. Cf., antes, p. 101.

[656] "[Ela reagiria] contra as teorias que fundamentam a soberania em elementos estranhos ao direito publico, como no principio democrático ou dinástico ou individualista,

Estado poderia combater em duas frentes – a da reacção contra a dissolução democrática do Estado; mas, ao mesmo tempo, contra a da sua dissolução autocrática. Identificando a soberania com o direito do Estado, esta corrente coloca-se como um meio-termo entre o princípio monárquico e o princípio democrático, libertando o Estado de todas as vinculações que não sejam a vinculação ao seu próprio direito[657]. Era esta independência do Estado em relação tanto à coroa como à sociedade que se traduzia na atribuição a este de uma personalidade jurídica independente, cujo atributo da liberdade – típico das pessoas jurídicas – era, justamente, a soberania.

Do ponto de vista político e institucional, esta construção da soberania como o poder que o Estado tem de livremente estabelecer o seu direito, com a única limitação de que, uma vez estabelecido este, o Estado fica vinculado por ele, teve consequências muito importantes, que iriam marcar a prática política nas décadas futuras.

A primeira delas é a de que o poder do Estado deixa de necessitar de uma legitimação democrática para o seu poder. Este justifica-se como uma atribuição originária do Estado, correspondente à necessidade social do estabelecimento da ordem. Porém – e em segundo lugar –, como o poder do Estado também não decorre da vontade arbitrário do soberano, esta ordem estadual tem que se distinguir do arbítrio, tem que incorporar um elemento de racionalização, de neutralidade e de estabilidade, tem que visar o interesse geral e tem que se exprimir pela formula genérica, abstracta, impessoal, da lei.

Como a realização da função estadual se traduz na criação e aplicação do direito do Estado e como a única garantia de um desempenho legítimo das suas funções se limita à observância deste direito, todos os anteriores mecanismos de garantia dos cidadãos –divisão de poderes, garantia dos direitos individuais, sufrágio – perdem importância.

Perde-a a divisão de poderes[658], que agora tende a reduzir-se a uma diferenciação meramente interna de vários tipos de atribuições do Estado. Perde-a a primazia do parlamento na realização da função legislativa, que

---

ou finalmente em abstracções de ordem ética", Marnoco e Sousa, expondo o ponto de vista de Orlando, *ibid.*, 27.

657 Neste mesmo sentido de que a teoria do Estado de Direito autonomiza o poder do Estado de duas entidades externas, o povo e o monarca, v. M. Fioravanti, "Costituzione, amministrazione e trasformazione dello Stato", em P. Costa et al, *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Bari, Laterza, 1990, *maxime* 7 ss...

658 Cf., cap. 11.4.8.

antes se justificava pela ideia de que, residindo a soberania no povo ou na nação, a função de legislar (*i.e.*, de estabelecer os direitos e deveres dos cidadãos) devia estar reservada a um órgão representativo destes. Perde-a, pela mesma razão, a importância do sufrágio, como forma de designação – directa ou indirecta – do governo. Mas, em sentido oposto, também o princípio monárquico e a prerrogativa régia – que decorriam da ideia de que o rei também era um detentor da soberania – são agora secularizados.

Quem agora emerge, como instância central da vida político-estadual, é o legislador, o órgão tecnicamente competente para desempenhar o papel que compete ao direito do Estado. Um papel de racionalização: de procura de soluções *nacionais*, bissectrizes dos interesses egoístas dos grupos e dos indivíduos; de encontro de soluções permanentes, libertas do império da conjuntura e dos impulsos de maiorias fugazes. Mas também o administrador, que aplica a lei e prossegue a sua tarefa de, pela acção quotidiana, metódica e tecnicamente informada[659], prosseguir o interesse público, de *governo*, agora entendido como "complexo de poderes encarregados do exercício da soberania efectiva de um país"[660]. Daí que, para esta teoria estadualista, o governo tenda a assumir o papel de um elemento essencial da soberania:

> "Na esfera do direito público, esta acção externa exerce-se por via dum complexo de instituições políticas que, sinteticamente, podemos chamar *governo*. O governo é também um elemento constitutivo, sob o nosso ponto de vista, da ideia da soberania; porquanto implica a acção desta e a legítima presunção de estar em correspondência harmónica com o sentimento jurídico da comunidade [...] Nestas bases, a teoria da soberania resume-se no seguinte: na *afirmação da personalidade jurídica do Estado* e consta *de destes elementos essenciais: o Estado ao qual pertence, a consciência jurídica da comunidade sobre que repousa, e o governo por meio do qual se traduz em acção*"[661].

---

[659] Sobre o papel das ciências sociais na prossecução das tarefas de governo, José Joaquim Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta Constitucional [...]*, 2ª parte, vol I, p. 30 ss..

[660] José Joaquim Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta Constitucional [...]*, 2ª parte, vol I, p. 24.

[661] Marnoco e Sousa, *Direito político [...]*, cit., 42.

11.4.8. ***Os poderes***[662].

A *Carta* é uma das poucas constituições oitocentistas que se afastou da clássica tripartição de poderes. Partindo do princípio de que "a divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efectivas as garantias" (art. 10), a *Carta* estabelece quatro poderes (o legislativo, o moderador, o executivo e o judicial), dos quais um (o moderador) é definido como "a chave de toda a organização política" (art. 71)[663] e todos menos um (o judicial) estão nas mãos dos "representantes da Nação portuguesa" ("o rei e as cortes gerais", art. 12). Da combinação de todas estas declarações resulta uma hierarquia entre poderes, na qual o moderador parece ter a primazia, embora a *Carta*, ao definir o Rei e as Cortes como representantes da Nação, pareça optar pela categoria dos regimes representativos, ou seja, aqueles que, em virtude de a soberania residir na Nação, só os *representantes da Nação*[664] podiam exercer os supremos poderes do Estado. Tudo está, porém, em saber o que é que se entendia por "representação" e, isso, a *Carta* não o diz[665]. Mas, ao incluir o rei entre os representantes da Nação, diz o suficiente para se concluir que não estabelece um regime parlamentar, ou seja, um regime em que toda a representação política se concentre no parlamento e em que, portanto, todos os outros poderes se lhe devam subordinar[666].

É conhecida a origem doutrinal da divisão dos poderes, bem como os objectivos que, com ela, se pretendiam obter. No autor que, modernamente, tinha imaginado este modelo, ele existia, não apenas porque o Estado desempenhasse funções estruturalmente distintas (como fora reconhecido

---

[662] Sobre as teorias oitocentistas da divisão de poderes, com aplicação à situação portuguesa, v. *José* Joaquim Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta [...]*, cit., II.1, 18 ss.; Marnoco e Sousa, *Direito político [...]*, cit., 53 ss..

[663] Sobre esta metáfora mecanicista, também ocorrente na Constituição brasileira de 1824, e o seu contexto ideológico, cf. Arno Wehling, *Pensamento político e elaboração constitucional no Brasil. Estudo de história das idéias políticas*, Rio de Janeiro, Inst. Hist. e Geogr. Brasileiro, 1994, 16.

[664] Não, quem não seja representante; mas não, também, o povo directamente.

[665] Sobre a ambiguidade do art. 12, *José* Joaquim Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta [...]*, cit., II.1, 41. Sobre a noção de governo representativo e sua distinção de governo (meramente) constitucional, v. Marnoco e Sousa, *Direito político [...]*, cit., 125. Sobre as doutrinas oitocentistas sobre a representação política, cf., *ibid.*, 143 ss..

[666] Sobre a distinção, cf. Marnoco e Sousa, *Direito político [...]*, cit., 222.

desde Aristóteles e recebido na teoria política de Antigo Regime), mas porque, num poder que se estava a concentrar, com a crise do pluralismo de Antigo Regime, havia que fabricar um novo sistema de verificação e de controlo (*checks and balances*), pelo qual os órgãos do Estado dependessem uns dos outros para a realização das sua competências[667].

No longo período de vigência da *Carta*, o princípio da separação de poderes vai perdendo o seu brilho[668]. A própria introdução do poder moderador já representava uma restrição importante à sua pureza, como veremos. Mas, sobretudo, o advento das concepções organicistas do Estado substituem o conceito de uma separação política de poderes pelo de uma divisão funcional de competências, desvalorizando a função de garantia dos direitos dos particulares que tal separação originariamente tinha e criticando mesmo os aspectos disfuncionais para o funcionamento do organismo estadual que poderia ter a sua excessiva valorização. Daí que, por exemplo, M. Bluntschli – um dos partidários de uma concepção organicista do Estado que maior influência exerceu no ambiente jurídico europeu (e também português, onde os seus textos são adoptados como manual universitário) dos meados do séc. XIX – escreva dois livros fundamentais sobre teoria do Estado mal se referindo à separação de poderes[669]; pois, para ele, esta era "antes uma razão de organismo do que de politica. Cada órgão criado para uma função especial, será naturalmente muito mais perfeito em si mesmo e na sua acção. O homem de Estado imita aqui a arte admirável da natureza: os olhos são feitos para ver, os ouvidos para ouvir, a boca para falar, a mão para apreender e obrar"[670].

É esta visão puramente técnica da divisão de poderes que domina a doutrina constitucional portuguesa, a partir da década de oitenta. Autores como José Frederico Laranjo, Marnoco e Sousa, José Alberto dos Reis, José Tavares estão mais interessados nas incoerências lógicas e dogmáticas da solução do que nas suas vantagens políticas. Vantagens essas que, de resto, eles lêem ao contrário, pois acham que o Estado, no desempenho da sua função governativa, não deve ser perturbado por alegados direitos

---

[667] Interessante: Alois Riklin "Montesquieu's so Called 'Separation of Powers' in the Context of the History of Ideas", em www.colbud.hu/main/PubArchive/DP/DP61-Riklin.pdf (2004.03.15).

[668] Cf., para uma exposição e crítica da época, Marnoco e Sousa, *Direito politico [...]*, cit., 53 ss.;

[669] Cf., para indicar as traduções que tiveram curso fora da Alemanha, *Le droit public général*, 1880; *The theory of the State*, 1885.

[670] Na versão que dele dá Marnoco e Sousa, *Direito politico [...]*, 68.

subjectivos, nem por mecanismos constitucionais que, como a divisão de poderes, tinham em vista a protecção daqueles[671].

11.4.8.1. *Poder Moderador*

No seu art. 71, a *Carta* estabelece que "O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e compete privativamente ao Rei, como Chefe Supremo da Nação, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais Poderes Políticos". Antes, tinha estabelecido que "Os Representantes da Nação Portuguesa são o Rei e as Cortes Gerais" (art. 12). E, no preâmbulo da *Carta*, invoca-se a origem divina do poder ("por Graça de Deus [...]").

Esta é base textual sobre a qual se movimenta a teoria cartista do poder moderador[672].

No seu *Cours de droit public*, Benjamin Constant distingue, pela primeira vez, um quarto poder – o poder "real" –, ao qual competia a garantia da harmonia e equilíbrio dos restantes:

> "Há [...] no poder monárquico dois poderes distintos: o poder executivo, investido de prerrogativas positivas, e o poder real, que é mantido por lembranças e tradições religiosas. Reflectindo sobre esta ideia, convenci-me da sua justeza. Esta matéria é suficientemente nova para merecer alguns desenvolvimentos. Os três poderes políticos, tal como os conhecemos até aqui, o poder executivo, o legislativo e o judiciário, constituem três competências que devem cooperar, cada um na sua parte, a favor do movimento geral; mas quando estas competências, perturbadas, se entrechocam e se entravam, é preciso uma força que os volte a pôr no lugar. Esta força não

[671] V., como exemplo, passando em revista todas as teorias sobre a separação de poderes, Marnoco e Sousa, *Direito político [...]*, cit., 53 ss.; José Frederico Laranjo, *Direito constitucional portuguez*, Coimbra, França Amado, 1898, 98 ss.; sobre a teoria do "Estado de direito alemão" e a sua dogmática dos direitos subjectivos, Gustavo Gozzi, "Stato di diritto e diritti soggettivi nella storia costituzionale tedesca", em Pietro Costa e Danilo Zolo, *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, 260-284; para a França, Alain Laquièze, "*Etat de droit* e sovranità nazionale in Francia", *ibid.*, *284-316*.

[672] V., sobre o tema, Marnoco e Sousa, *Direito politico [...]*, cit., 293 ss.; José Ferreira Borges, *Exame crítico do valor político da expressão soberania do povo e soberania das cortes e outrossim das bases da organização do poder legislativo no systema representativo e da sanção do rei*, Lisboa, 1837; Joaquim Lopes Carreira de Melo, *A legitimidade ou A soberania nacional exercendo a sua acção na constituição das dynastias e formação dos governos em Portugal*, Lisboa, Typ. Universal, 1871.

pode residir num destes poderes, pois servia para destruir os outros; é preciso que ela seja exterior, que seja de algum modo neutra, para que a sua acção se aplique onde for necessário que se aplique, e para que seja preservadora e reparadora sem ser hostil. A monarquia constitucional tem esta vantagem, de criar este poder neutro na pessoa do rei, já rodeada de tradições e de lembranças e revestida de um poder de opinião que serve de base ao seu poder político"[673].

Também François Guizot, na sua 9ª lição do *Cours d'histoire moderne*[674] insiste na ideia de um poder superior do rei, que lhe advinha do facto de representar a soberania do Estado:

> "A realeza é completamente distinta da vontade de um homem, ainda que se apresente sob esta forma. Ela é a personificação da soberania de direito, desta vontade essencialmente razoável, esclarecida, justa, imparcial, estranha e superior a todas as vontades individuais e que, a este título, tem o direito de as governar [...] Tomai os sistemas teocráticos, monárquicos, aristocráticos, democráticos, todos se gabam de ter descoberto em que reside a soberania de direito; todos prometem à sociedade colocá-la sob a lei do seu legítimo senhor. Repito-o: está aí a finalidade de todos os trabalhos dos filósofos, bem como de todos os esforços das Nações".

Neste texto, Guizot realça como à ideia de supremacia do rei – elemento de continuidade, de unificação e de representação do todo político – correspondiam inúmeras manifestações – teóricas ou práticas – na tradição política de Antigo Regime[675]. E, realmente, até o próprio Benjamin

---

[673] Cf., para este tema, *Cours de politique constitutionnelle*, Paris, Didier, 1836, p. 1-7 (cap. I: "Des pouvoirs constitutionnels").

[674] cf. *Histoire générale de la civilisation en Europe, depuis la chute de l'empire romain jusqu'à la révolution française*, 9e Leçon – 13 juin 1828, (http://www.eliohs.unifi.it/testi/800/guizot/guizot_lez9.htm, 29.01.2004).

[675] No próprio ano da Revolução, Bernardin de Saint Pierre (1737-1814, *Voeux d'un solitaire*, 1789) fala de um poder moderador do rei, embora o refira, não aos modernos poderes divididos, mas aos Três Estados de Antigo Regime: « Plusieurs écrivains célèbres considèrent le pouvoir national dans la monarchie, comme divisé en deux; en pouvoir législateur et en pouvoir exécuteur: ils en attribuent le premier à la nation, et le second au roi. Cette division me paraît insuffisante, parce qu'il y manque un troisième pouvoir, nécessaire à tout bon gouvernement, le pouvoir modérateur, qui appartient essentiellement au roi dans la monarchie. Le roi n'y est pas seulement un simple commis de la nation, un doge ou un stathouder; c'est un monarque chargé de diriger ses opérations. Le clergé, la noblesse, et même le peuple, ne voient et ne régissent, chacun en particulier,

Constant refere, como fonte da sua teoria, um deputado conservador da *Assemblée Nationale*, o conde de Clermont Tonerre[676].

Nesta questão como em outras, Constant era, em todo o caso, claramente um pós-revolucionário. Assim, a sua ideia de poder moderador[677] tem de novidade, em relação à teoria monárquico de pré-revolucionária, o facto de pressupor a divisão de poderes, pretendendo ser um aperfeiçoamento dos riscos que ela comportava e que, no primeiro período revolucionário, teriam conduzido a um novo despotismo (a uma nova concentração de poderes). A sua ideia de um poder real eminente não tinha tanto a ver com a salvaguarda das antigas pretensões monárquicas de que o rei era a personificação do corpo político e de que, por isso, o seu poder era como que a própria e mais autêntica manifestação da vontade do reino. Mas antes com a constatação dos perigos que – num regime de representação da república por três poderes paralelos, como era o regime político pós-revolucionário – decorriam da falta de um elemento de coordenação. Que este poder residisse no rei não era uma necessidade; mas, na Europa (não nos Estados Unidos, por exemplo), o prestígio tradicional da monarquia aconselhavam a que esse poder "moderador" fosse o "poder real".

---

que des parties détachées de la monarchie, dont ils ne sont que des membres: le roi en est le coeur, et peut seul en connaître et faire mouvoir l'ensemble. Les trois corps de la monarchie réagissent sans cesse les uns contre les autres, en sorte que, livrés à eux-mêmes, il arriverait bientôt qu'un d'entre eux opprimerait les deux autres, ou en serait opprimé, sans que le roi, qui n'aurait que le pouvoir exécuteur, pût faire autre chose que d'être l'agent du parti le plus fort, c'est-à-dire de l'oppression. Il faut donc que le roi ait encore le pouvoir modérateur, c'est-à-dire celui non seulement de maintenir l'équilibre entre ces corps, mais de réunir leurs forces au-dehors contre les puissances étrangères, dont lui seul est à portée de connaître les entreprises. C'est le pouvoir modérateur qui constitue le monarque" (em Jacques-Henri Bernardin de Saint-Pierre, *Oeuvres complètes*, ed. L. Aimé-Martin, Paris, P. Dupont, 1826, tome 11, p. 56. cf. http://hypo.ge-dip.etat-ge.ch/www/cliotexte/sites/Arisitum/textes/auteur/roi.html, 29.01.2004).

[676] Stanislas Marie Adelaide, Comte de Clermont-Tonnerre (1757-1792), um liberal de cepa maçónica, eleito para os Três Estados pela nobreza de Paris e porta-voz da minoria nobre liberal; foi eleito presidente da Constituinte em 1789; ulteriormente, dirigiu um movimento monárquico moderado (os "monarchiens", que propunham, nomeadamente, a manutenção das prerrogativas reais de veto absoluto (v. *Club des Impartiaux*, com o seu *Journal des Impartiaux*; mais tarde, *Société des Amis de la Constitution Monarchique* [e *Journal de la Société, etc.*], que se opunham ao clube jacobino [(*Société des Amis de la Constitution*)]. Foi assassinado por populares em 1792. V. *Recueil des opinions de Stanislas de Clermont-Tonnerre*, Paris, 1791.

[677] Mais do que a de Guizot, como se vê da sua anterior citação.

No entanto, esta opção por um poder coordenador da actividade do Estado – garantindo, portanto, a sua eficácia – não deixa de ser paradoxal num liberal, cujas propostas anti-estadualistas foram classificadas desdenhosamente pelo seu contemporâneo F. Guizot, como *gouvernement à bon marche*. A verdade é que Constant sabia que, para que o liberalismo pudesse funcionar, a função do Estado era necessária: primeiro, para instituir uma sociedade liberal, desarticulando os aparelhos reguladores de Antigo Regime. Depois, para a manter em funcionamento, impedindo que o liberalismo gerasse forças corruptoras de si mesmo[678], e garantindo a sua defesa contra os inimigos que se perfilavam já no presente (nomeadamente, os pobres, a turba, as massas).

A via elegida por Constant para impedir uma óbvia dificuldade da teoria da separação de poderes não era, porém, a única.

Combinando as preocupações de B. Constant sobre o equilíbrio dos poderes com as cautelas necessárias para não cair nos desequilíbrios da monarquia absoluta, Ramon Salas – cujas *Lições de direito público constitucional* tinham sido traduzidas em português e editadas em Lisboa, em 1822 – imagina um Poder Conservador – composto por um certo número de cidadãos prudentes, investidos por eleição vitalícia –, encarregado de garantir um governo moderado[679] e velar pela observância da constituição[680]. O rei, em contrapartida, não deveria "exercer directamente, e por si mesmo, alguns dos poderes políticos", reduzindo-se as suas funções "a velar sobre todos, e dar-lhes o impulso, e direcção conveniente", pois "desde que ele exercesse qualquer dos quatro poderes políticos, a Nação correria risco de cair debaixo do despotismo"[681].

As propostas de Silvestre Pinheiro Ferreira – que também se confrontara com esta necessidade de diminuir o risco de desarmonia entre os poderes ou de usurpação por deles das atribuições dos outros – iam justamente neste sentido de encontrar uma arquitectura dos poderes que tendesse para o equilíbrio sem se restabelecer a supremacia monárquica de

---

678 V.g., forças que distorcessem o mercado ou que violassem as suas leis. Cf. *infra*, caps. 11.4.8.3.1; 15.

679 "Crê-se, que o poder executivo tende sempre para o despotismo; e o Legislativo para a democracia; e como o que se procura é um bom governo, e não a Monarquia absoluta, nem a democracia pura, os homens mais instruídos na ciência social pensaram, que era necessário haver hum corpo intermedio destinado a opor-se a estas tendências naturais" (*Lições de direito constitucional [...]*, cit., p. 157).

680 *Ibid.*, 156 ss..

681 *Ibid*, p. 169.

Antigo Regime. O seu modelo era o de distribuir homeopaticamente por todos os níveis dos vários poderes mecanismos de contra-poder, alguns deles coincidindo com instituições de controlo da monarquia de Antigo Regime. De acordo como seu *Projecto de Codigo Politico para a Nação Portugueza*, tais seriam, por exemplo, o Conselho de Estado (arts. 1001 ss.), as Cortes (art. 1017 ss.), a Câmara das províncias (arts. 1057 ss.), a Câmara dos Três Estados (arts. 1062 ss.), o Desembargo do Paço (arts. 1069 ss.), a Regedoria mor das justiças (arts. 1080), a Chancelaria-Mor (arts. 1093 ss.), a Contadoria-Mor (1121 ss.), o Supremo Conselho Militar (arts. 1129 ss.), o Supremo Conselho do Almirantado (arts. 1154 ss.). Esta vigilância era ainda exercida por todos os cidadãos, por meio do direito de petição ou de acção popular; e, no topo, era atribuída a um Conselho Supremo de Inspecção (arts. 80 ss.; 634 ss.)[682].

A Constituição do Império do Brasil de 1824 e a *Carta constitucional* portuguesa foram, porém, os únicos textos constitucionais a admitirem expressamente este quarto poder[683], embora outras constituições europeias, anteriores e posteriores, tenham atribuído ao rei – como chefe do executivo – um conjunto equivalente de prerrogativas, sem no entanto o decorarem com a titularidade de um novo poder, antes invocando apenas a "prerrogativa régia" (a que já se referira John Locke[684]) ou o "princípio monárquico" (presente em Montesquieu)[685].

---

682 De acordo com a sua interpretação, também a *Carta constitucional* teria repartido o poder moderador por vários órgãos, incoerentemente do que se prometia no art. 11, ao autonomizar este poder. Cf. *Observações sobre a Constituição do Império do Brazil e sobre a Carta Constitucional*, cit., 116.

683 O *Projecto* de constituição brasileira de 1823 não inclui um poder moderador, mas o imperador é considerado como "um ramo da legislatura", cf. art. 11). Na constituição de 1824, o poder moderador está consagrado no art. 98, em termos iguais aos do art. 71 da Carta. Sobre a influência da lição de B. Constant, cf. Silvana Mota Barbosa, «L'influence de l'œuvre de Constant sur la pratique politique brésilienne: présentation d'un inédit» (217-234), e Thomaz Diniz Guedes, «Le pouvoir neutre et le pouvoir modérateur dans la Constitution brésilienne de 1824» (235-245), Alain Dubois, Anne Hoffmann et François Rosset (eds.), *Benjamin Constant en l'an 2000: nouveaux regards*, (= Annales Benjamin Constant, 23-24), Genève, Éditions Slatkine, 2000.

684 A *Royal Prerogative* constitui uma autoridade, imunidade e privilégio consuetudinários reconhecidos exclusivamente à Coroa pelo *common law*. Compreende certos poderes de governo executivo, que não estão sujeitos ao controlo parlamentar. A origem foi a discutida desde Thomas Hobbes – que lhe atribui uma fonte contratual (por oposição à corrente realista, que via nela uma marca da origem divina do poder real) – e admitida por John Locke (*Second treatise on civil government*, cap. 14, "On prerogative").

685 A ideia de "princípio monárquico" encontra-se em Montesquieu (*Esprit des lois*,

A *Carta* – outorgada por um soberano que considerava sê-lo "por graça de Deus" e que aparecia como representante directo da Nação (art. 12) – era, neste sentido, ainda fortemente tributária de uma concepção monárquica pré-revolucionária, como, de resto, viria a ser correntemente reconhecido pela doutrina[686].

Pelo menos vocalmente, a existência de um poder moderador continuava a merecer apoio, ainda nos meados do século, com os mesmos fundamentos de equilibrar o sistema político:

> "[...] qualquer que seja a opinião que se forme hoje da proposição *Le Roi règne, mais ne gouverne pas*, esse princípio tem a base da *Carta Constitucional* (Apoiados). A *Carta Constitucional* estabelecendo o Poder Legislativo, o Poder Executivo, e o Poder Judicial, todos independentes entre si, reconheceu a necessidade de um outro Poder, de um Poder neutro, que servisse de manter o equilíbrio entre aqueles três Poderes, de o restabelecer quando viesse a destruir-se, de corrigir, numa palavra, todos os seus excessos. Este Poder é o Poder Moderador da nossa *Carta*, o Poder Real do Projecto de Constituição de Benjamin Constant, que passou dali para a Constituição do Brasil, e da Constituição do Brasil para a *Carta* Portuguesa. Se o Poder Legislativo faz Leis lesivas ao País o Poder Moderador não sanciona essas Leis: se a Câmara dos Deputados não representa a opinião Nacional o Poder Moderador dissolve a Câmara dos Deputados: se a Câmara dos Pares embaraça a acção do Poder Executivo o Poder Moderador modifica a maioria dessa Câmara nomeando novos Pares: se o Poder Executivo dá à Administração Pública uma direcção, que lhe não é favorável o Poder Moderador destitui o Poder Executivo: se o Poder Judiciário em fim aplica

---

II, 4). Pelo pacto celebrado entre o povo, titular do poder legislativo, e o rei, titular do executivo e do judicial, este ultimo governa, no seu domínio próprio, sem outros limites que não sejam os da constituição e da lei. Sobre o tema, Wolf Nitschke, *Volkssouveranität Oder Monarchisches Prinzip ?*, Bern Peter Lang Publishing, 1995. Cf., antes, nota 273.

[686] "[...] Cumpre advertir que a Carta era dada a um povo na sua grande maioria, roído pelo fanatismo e com o sentimento politico diluído em beatices e exterioridades devotas, e em tais casos não era de todo inconveniente deixar transparecer na lei alguns relâmpagos de doutrina; contudo esta circunstância não seria aceitável neste tempo em que as circunstâncias mudaram [...] o redactor da Carta Constitucional aceita a teoria do poder real e o nome que que estava reclamando pelo seu objecto, e tratando das atribuições olvidou a teoria que uma vez aceitara, para [...] se deixar ir na corrente da historia e tradição absolutista [...]", 184/185; ainda, J. de Goes e Vasconcelos, *Da natureza e limites do poder moderador*, 1860 e 1862, esta última resposta ao Visconde do Uruguai, *Ensaio sobre o direito administrativo*, 1862; José Joaquim Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta Constitucional ...*, cit., II, 2 (remete para II.1, p. 10 ss.), 181 ss..

penas, que não estão em proporção com os delitos, o Poder Moderador usa do seu direito de perdoar ou moderar as penas impostas aos Réus [...]. Por virtude desta teoria, que é sem contradição a da nossa *Carta* [...], o Rei, numa esfera superior à dos partidos, é completamente estranho às nossas dissensões civis, não pode nunca fazer mal, só pode fazer bem, e é por isso revestido do carácter da inviolabilidade, da impecabilidade, verdadeiro atributo da Divindade (Muitos apoiados)" (Tomás Lobo d'Ávila, *DCD*, 1852, I, 93).

No entanto, tendo a legitimação monárquica sido fortemente abalada pelo desfecho da guerra civil e pela derrota do partido absolutista, e muito desgastada pela política intervencionista de D. Maria II, esta solução da *Carta* começou a merecer críticas, mais ou menos explícitas[687]. Umas de natureza teórica, questionando a hierarquização dos poderes do Estado sob a hegemonia do rei. Assim, Lopes Praça pronuncia-se, ou pela supremacia do legislativo, de acordo com a lógica representativa, ou do judicial, como poder naturalmente especializado na resolução de diferendos[688]. Outras críticas eram de natureza dogmática, salientando a confusão entre funções do Executivo e funções do Moderador. Finalmente, agora do ponto de vista político, criticada era também a excessiva concentração de poderes nas mãos do rei, pelos riscos que daí derivavam para uma leitura parlamentarista do regime que, entretanto, se ia impondo[689]. De facto, depois do estabelecimento do rotativismo parlamentar (*maxime* nos anos 1851-

[687] Cf., adiante, p. 11.4.8.1. ss..

[688] "A teoria do poder moderador parte, repetimos, de uma hipótese gratuita, e vem a ser, que existem três poderes iguais em prerrogativas lutando entre si, e com forças e disposições para travarem uma luta constante. Se esta hipótese pudesse ter um carácter científico a válvula de segurança deveria confiar-se, não a qualquer dos três poderes, porque isso seria preparar-lhe o triunfo definitivo, mas quando houvesse luta entre dois deles deveria pertencer o poder de equilíbrio ao terceiro e se todos exorbitassem ou quisessem ultrapassar o perímetro das suas funções, nesse caso deveriam os representantes do todo o país [...] reprimir os excessos. Era uma solução preferível. Mas a verdade toda é que o poder executivo e moderador foram os principais herdeiros do absolutismo, que o Marquês de Pombal traduzia na vontade, omnipotência e omnisciência do poder central; tradição esta que a ciência não sabe, nem deve colorir, que as nações cultas olham sem admiração, e que por isso mesmo se não tornou contagiosa", J. J. Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta*..., cit., II.2, 232

[689] Cf. Trindade Coelho, *Manual politico [...]*, cit.,, p. 495.(anti-liberal e esvaziado pela própria evolução constitucional, nomeadamente enquanto sujeitara os actos régios à referenda de um ministério saído dos equilíbrios parlamentares),

1865; mas sobretudo 1878-1890)[690], a existência de um poder moderador, mal se justificava, até porque, após anos de discussão doutrinal da questão, o Acto Adicional de 1896 sujeitou os actos do poder moderador à referenda ministerial[691-692].

Esta animadversão pelo poder moderador nem sequer se esbate com o advento de concepções políticas organicistas que, em geral, desvalorizavam a teoria clássica da divisão de poderes como um conceito metafísico[693] e que se inclinavam para a outorga ao Estado – simbolizado na sua chefatura – de uma legitimidade política autónoma em relação aos resultados do sufrágio. Assim, quando – já nos finais do séc. XIX e claramente influenciado pela dogmática alemã do direito pública – José Tavares insiste no carácter natural de uma chefia política hegemónica em relação aos outros poderes políticos, ele já não recorre à noção de poder moderador – antes a critica (p. 6 ss.) –, apoiando-se preferentemente na nova ideia, porventura mais forte, de um poder "de governo" – o poder governamental –, que capacitasse o Chefe de Estado para o exercício de uma vasta soma de atribuições, correspondentes tanto ao papel regulador do Estado como manifestação orgânica da sociedade[694], como à autonomia

---

690 Júlio Joaquim da Costa Rodrigues da Silva, "O rotativismo monárquico constitucional: eleições, caciquismo e sufrágio", *História Portugal*, dir. João Medina, vol. 9, Lisboa, Ediclube, 1994, 47/67.

691 Apesar de se tratar de uma hipótese inovadora e, aparentemente, adequada à situação politico-constitucional italiana, parece difícil de aceitar, para Portugal (apesar da semelhança dos textos constitucionais), a ideia de que, por detrás da "cena", a coroa jogava um papel decisivo de conformação política. Cf. Roberto Martucci, *Storia costituzionale italiana*, cit., 15 ss.; 39 ss..

692 Cf., *infra*, 14.4.

693 Cf. Marnoco e Sousa, *Direito político [...]*, cit., 74 ss. ("A unidade do Estado não deriva da existência do poder moderador, mas da harmonia e coordenação espontânea de todos os poderes", p. 75). "Outros escritores têm pretendido justificar o poder moderador como condição e consequência da unidade orgânica do Estado. O Estado é um organismo cuja unidade tem a sua expressão e personificação no chefe supremo; e como este não deve ser mera figura decorativa e ornamental, é forçoso atribuir-lhe uma função própria, correspondente à natureza e carácter da sua representação: é a função *moderadora* ou *unificadora*. Mas nos organismos naturais nada há de semelhante ao que pretende ser o poder moderador nos organismos políticos [...] ", *ibid.*, p. 8.

694 "Todos os corpos ou organismos sociais carecem do uma entidade directora, que concentre e exprima a sua vontade. No Estado deve pois haver uma pessoa que o represente na vida internacional, e que unifique e coordene as múltiplas e variadas actividades da sua vida interna", José Tavares, *Ibid.*, p. 14.

da legitimidade real que se entendia decorrer de uma espécie de "eleição negativa"[695-696].

No sistema da *Carta* (art. 74), as atribuições do poder moderador são: a nomeação de pares sem número fixo[697]; a convocação extraordinária das cortes "quando assim o pede o Bem do Reino", bem como a sua prorrogação, adiamento ou dissolução[698]; a sanção dos decretos das cortes,

[695] José Tavares, *Ibid.*, 19 ss.: "A vontade nacional manifesta-se logo a seguir à proclamação [do rei], pela ausência do qualquer protesto ou movimentação geral da opinião pública, dando assim o seu tácito assentimento; e depois manifesta-se expressamente no acto do juramento perante as Câmaras (art. 76), pelo concurso dos Representantes da nação, e finalmente no acto da aclamação", José Tavares, *O poder governamental [...]*, cit., 22. A crítica dogmática e política ao poder moderador já se encontra em Marnoco e Sousa, *Direito politico [...]*, cit., 74-75.

[696] É claro que a crise de legitimidade do poder moderador se relacionava também com elementos puramente simbólicos, como o prestígio da dinastia, ou conjunturais, como o perfil concreto de cada monarca (cf., *infra*, 198).

[697] Pares nomeados entre 1826 e 1880, Clemente José dos Santos, *Estatísticas e biographias parlamentares*, I, 43-45. Os Actos adicionais à Carta (cf. *infra*, 14) vão alterando esta prerrogativa.

[698] Estatística do exercício desta prerrogativa (entre 1836 e 1887, Clemente J. dos Santos, *Estatísticas e biographias [...]*, II.1, 186-187:

1836	04.04	Duque da Terceira	Cartista
1836	10.09	Conde de Lumiares	Setembrista
1840	25.02	Conde do Bonfim	Cartista
1842	10.02	Duque da Terceira	Cartista
1846	23.05	Duque do Palmela	Progressista
18Sf	25.05	Duque de Saldanha	Regenerador
1852	24.07	Duque de Saldanha	Regenerador
1858	26.03	Duque de Loulé	Progressista
1859	23.11	Duque da Terceira	Regenerador
I 81fl	27.03	Duque do Loulé	Progressista
1865	15.05	Marquês de Sá	Progressista
1868	14.01	Conde de Ávila	Avilista
1869	23.01	Marquês de Sá	Progressista
1870	20.01	Duque de Loulé	Progressista
1870	21.01	Duque de Saldanha	Progressista
1871	03.07	Marquês de Avila	Avilista
1879	28.08	A. Braamcamp	Progressista
1881	04.06	R. de Sampaio	Regenerador
1884	24.06	Fontes de Mello	Regenerador
1887	01.01	Luciano de Castro	Progressista

para que tenham força de Lei[699]; a livre nomeação e demissão dos ministros; o perdão de penas e a amnistia[700].

De todas estas atribuições, salienta-se – mais do ponto de vista simbólico do que do da efectiva prática constitucional, em que foi rara[701] – a denegação de sanção da legislação parlamentar, ou direito de veto, que, na *Carta*, tinha eficácia absoluta, e não apenas suspensiva. Esta prerrogativa explicava-se, ou por razões de ordem teórica, como seja a da permanência no rei de atribuições legislativas, partilhadas com as cortes; ou a garantia, pela vigilância de outro órgão, da constitucionalidade das leis votadas no parlamento. Segundo outros autores, a justificação do veto era de mera oportunidade: tendo em conta a possibilidade de o executivo, chefiado pelo rei, sabotar a execução de leis com que não concordasse, a atribuição do direito de veto visava apenas fomentar o empenhamento do governo na efectivação de leis para cuja feitura já tinha concorrido.

11.4.8.2. *Poder Legislativo*[702]

O poder legislativo residia nas cortes e no rei[703].

As cortes compunham-se de duas câmaras – a Câmara dos Pares e a Câmara dos Deputados. Embora implícita (pelo menos, na ordem de enumeração), mantém-se na *Carta* uma particular hierarquia entre elas – a

---

[699] Leis promulgadas entre 1834 e 1884 (3 035). Clemente José dos Santos, *Estatísticas e biographias parlamentares*, I, 43.

[700] Cf. J. J. Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta [...]*, cit., II.1, 290 ss.; José Tavares, *O poder governamental [...]*, cit, Coimbra, Imprensa académica,1909, 104 ss..

[701] Clemente José dos Santos, *Estatísticas e biograpahias [...]*, I, 74. Em 1837, na vigência da *Constituição de 1822*, a rainha D. Maria II veta um proposta de lei das Cortes autorizando o governo a demitir oficiais do exército e juízes, com o argumento de que ela violava "os princípios estabelecidos na constituição e em leis orgânicas em perfeito vigor, e que em todos os tempos devem ser respeitadas [...]. Sendo eu a primeira guarda das garantias individuais consagradas na constituição, e nas leis orgânicas do Estado, as quais garantias são para todos os portugueses, e para todos os tempos, repugnava ao meu coração aceder a ama lei, que me parece opor-se a elas, e a estabelecer um precedente de terrível influência" (pp. 74 ss.). Em 1845, já sob a vigência da Carta, a rainha nega a sanção a um decreto das cortes permitindo ao governo criar lugares de tabelião (p. 77).

[702] Cf. Tit. IV, arts. 13 ss.. Sobre a teoria do poder legislativo, cf. *José* Joaquim Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta [...]*, cit., II.1, 80 ss.; Marnoco e Sousa, *Direito político [...]*, 391 ss..

[703] "[...] compete às Cortes, com a sanção do rei", art. 13.

que aparece invariavelmente enumerada em primeiro lugar é a Câmara dos Pares (cf. art. 15); nas reuniões conjuntas, a dos Pares senta-se à direita, a dos Deputados à esquerda (cf. art. 19), sendo os trabalhos dirigidos pelo Presidente da Câmara dos Pares (art. 22); é também este que toma o juramento do rei (art. 76).

No entanto, do ponto de vista das suas atribuições politicamente mais importantes, esta ordem inverte-se. Assim, a Câmara dos Deputados tem a iniciativa [ou seja, condiciona a discussão na outra Câmara] em matéria de impostos, de recrutamento, de exame da administração passada, de discussão de propostas de lei, de revisão constitucional (art. 140), para além de ter que autorizar a acusação dos ministros de Estado [ou seja, fiscalização do governo] (arts. 35 a 37).

As atribuições das cortes são múltiplas.

Em relação ao rei, toma o seu juramento e designa sua tutela (art. 15, §§ 1 a 5).

Em relação ao governo-geral do País, cabe-lhe "velar na guarda da Constituição e promover o Bem Geral da Nação" (art. 15, § 7; também art. 139[704]) e, depois da morte de cada rei, "Instituir exame da Administração, que acabou, e reformar os abusos nela introduzidos" (§ 5)[705].

Em relação à legislação, compete-lhe "§ 6. – Fazer Leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las"[706].

Em relação à administração financeira, cumpre-lhe: "§ 8. – Fixar anualmente as Despesas Públicas, e *repartir* a Contribuição directa"[707], sendo a iniciativas sobre impostos privativa da Câmara dos Deputados); "§ 11.° – Autorizar o Governo a contrair Empréstimos"; "§ 12.° – Estabelecer meios convenientes para pagamento da Dívida Pública"; "§ 13.° – Regular a Administração dos Bens do Estado, e decretar a sua alienação"; "§ 15.° – Determinar o peso, valor, inscrição, tipo, e denominação das Moedas; assim como o padrão dos Pesos e Medidas".

---

[704] Cf. art. 139: " As Cortes Gerais no princípio das suas Sessões examinarão se a Constituição do Reino tem sido exactamente observada, para prover como for justo".

[705] Atribuição que parece nunca ter exercido.

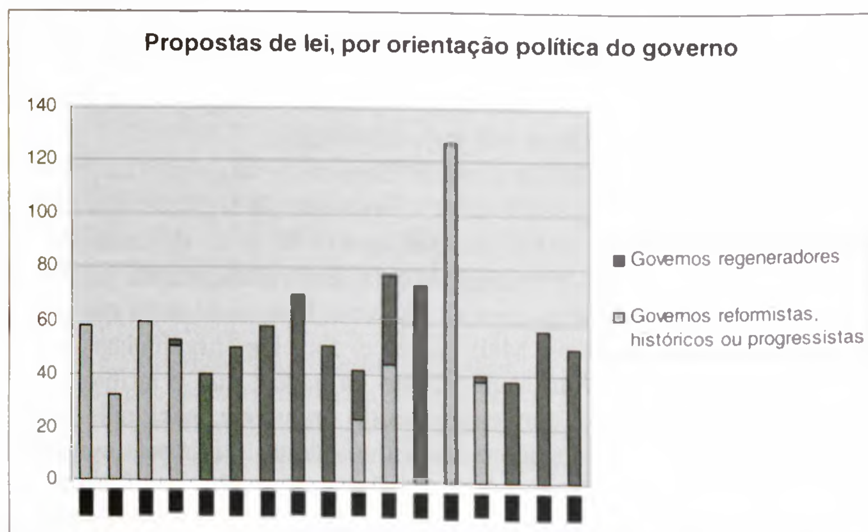
[706] Sobre o conceito (formal e material) de lei, cf., para os finais do século XIX, Marnoco e Sousa, *Direito político [...]*, cit., 394 ss.. Sobre a distinção entre lei e regulamento, *ibid.*, 402 ss..

[707] A partir do Acto Adicional de 1852, as leis de autorização de impostos têm vigência apenas anual (art. 12), ficando revogada a prerrogativa de os prorrogar para os anos seguintes (art. 137). Cf. *infra*, 14.1.

Das suas atribuições militares faz parte "§ 10.° – Fixar anualmente, sobre a informação do Governo, as Forças de mar e terra ordinárias e extraordinárias".

Finalmente, às suas atribuições administrativas pertence "§ 14.° – Criar ou suprimir Empregos públicos, e estabelecer-lhes Ordenados".

Cada legislatura durava quatro anos[708] e cada Sessão anual três meses, a contar da sessão real da abertura, a 2 de Janeiro (arts. 17 e 18).



Período: 1868-1884; Fonte: Clemente José dos Santos, *Estatísticas e biografias parlamentares* ..., cit., I, 450 s..

A Câmara dos Deputados[709] era constituída por um número de deputados – originalmente nomeados por eleição indirecta (art. 63) e censitária – proporcional à população das circunscrições eleitorais, de acordo com o disposto na lei eleitoral (art. 70)[710]. A eleição indirecta era apresentada

[708] Três anos, segundo o Acto Adicional de 1885 (art. 2).

[709] Cf. arts. 34 ss.; J. J. Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826 e acto adicional de 1852*, II.1, 82 ss., 134 ss.; Marnoco e Sousa, *Direito politico [...]*, 451 ss..

[710] Sobre as eleições e as diferentes leis eleitorais, José Joaquim Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta [...]*, cit.,, II.1, 86 ss.; 121 ss.; Marnoco e Sousa, *Direito politico [...]*, 124 ss.; José Frederico Laranjo, *Principios [...]*, cit., 1898, n.° 57 (em A. M. Hespanha & Cristina Nogueira da Silva (org.) *Fontes para a história [...]*); José Alberto dos Reis, *Sciencia politica e direito constitucional*, 200 ss.. V. ainda, uma descrição dos sistemas

como uma forma de compatibilizar um certo alargamento do direito de sufrágio com a fiabilidade das escolhas: o povo participava, mas apenas confiando a pessoas mais capazes a designação definitiva dos seus representantes. Assim, evitava-se tanto uma demasiada restrição do universo dos eleitores, que deslegitimasse o sistema, como o risco de pôr na mão dos eleitores a decisão final sobre os representantes da nação[711]. Por sua vez, o sufrágio censitário procurava restringir a atribuição do direito do voto, ou aos mais responsáveis, ou aos mais conscientes. Os mais responsáveis seriam aqueles que, por possuírem um rendimento apreciável, tinham algo a perder. Os mais conscientes seriam aqueles que, pelos seus méritos pessoais – nomeadamente a sua instrução –, podiam alcançar a compreensão racional das questões políticas em jogo na eleição.

Enquanto que os liberais – como Constant – insistiam na primeira ideia, os doutrinários – como Guizot – insistiam na segunda. Para uns e para outros, o voto era uma função, que apenas havia de ser atribuída aos que fossem capazes de a desempenhar bem. Em contrapartida, o sufrágio universal era defendido pelos democratas, com base na ideia de que o voto era um direito dos cidadãos. Mais tarde, as correntes organicistas defenderão a ideia de que o voto é um direito da nação, que o atribuirá consoante as características e conveniências do organismo nacional, de preferência antes a grupos do que a indivíduos como tais e nas condições definidas pelas leis do Estado. José Frederico Laranjo – num texto que poderia ser subscrito por todos os professores de direito constitucional de Coimbra da sua geração (Manuel Emídio Garcia, Marnoco e Sousa ou José Alberto dos Reis) – exprime assim esta ideia:

> "[...] em princípio, todos os cidadãos, pelo simples facto de serem membros dum Estado representativo, devem possuir direitos eleitorais; de facto, o Estado nega o sufrágio às classes a que não pode ser concedido sem perigo e prejuízo para a vida pública [...] mas a acção dos cidadãos na vida pública por intermédio da eleição deve exercer-se através dos grupos sociais a que o indivíduo pertence ou através das funções de que é agente. Os

eleitorais portugueses em António Francisco de Sousa, *A representação política nas cortes constituintes de 1821-22, de 1837-38 e de 1911*, Lisboa [s.n.], 1986. Relatório de mestrado em direito constitucional, Faculdade de Direito, Univ. de Lisboa. Sobre a teoria subjacente, cf. *supra*, cap. 11.2. Sobre a evolução do cartismo relativamente às eleições, cf. *infra*, 207 ss.; leis eleitorais, compiladas e prefaciadas por Pedro Tavares de Almeida (org. e introd. de), *Legislação eleitoral portuguesa: 1820-1926 [...]*.

711 Sobre o sufrágio indirecto e censitário, cf. Marnoco e Sousa, *Direito político [...]*, cit., 471 ss.

indivíduos não constituem na sociedade mais do que partes integrantes de funções organizadas. Portanto, a representação, para ser orgânica e verídica, devia reconhecer no eleitor a qualidade de membro duma determinada função social e não uma quantidade numérica, exposta a condições artificiais"[712].

A legislação eleitoral portuguesa assentou nesta ideia de que o direito de voto estava condicionado pelas capacidades pessoais de responsabilidade ou de ilustração.

A *Carta* (bem como a *Constituição de 1838*) estabelecia um sufrágio restrito, em que o direito de voto apenas era concedido aos maiores de 25 anos que tivessem um rendimento mínimo de 100 000$00[713]. Em termos europeus, não se tratava de um valor muito elevado[714] O Acto Adicional de 1852 inaugurou um outro modelo, em que o rendimento mínimo podia ser suprido por habilitações literárias mínimas ou, mais tarde (1878), também pela qualidade de chefe de família. Em qualquer caso, o universo

---

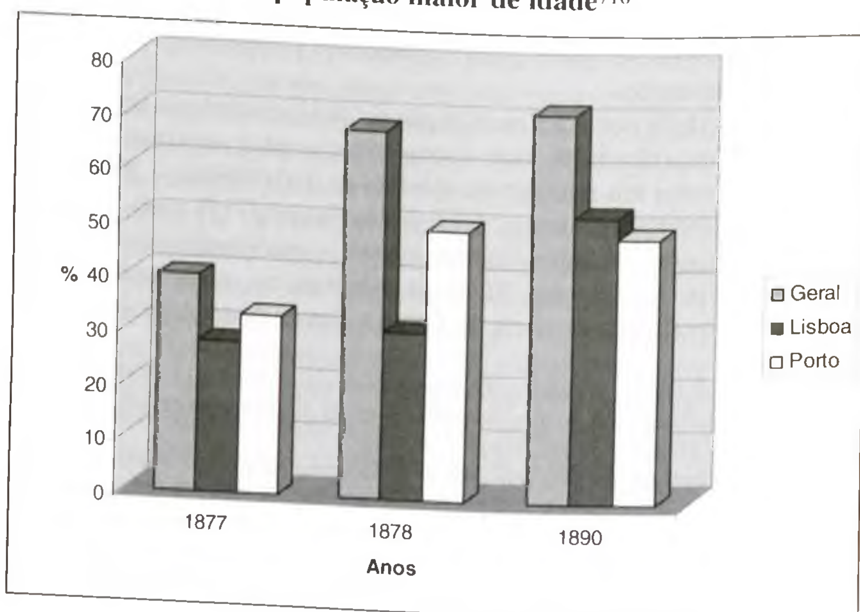
[712] Cf. José Frederico Laranjo, *Princípios de direito político* [...], 1898, p. 146 ss..

[713] Para dar uma ideia do que isto podia significar, um elemento de referência: uma jorna diária, pelos meados do séc., era de c. 650 rs..

[714] Cf. Henrique Baptista, *Eleições e parlamentos na Europa*, Porto, 1903. Em geral sobre a história dos modelos eleitorais, Raffaele Romanelli, *How did they become voters? The History of franchise in modern European representation*, The Hage, Kluwer Law International, 1998; Maurizio Cotta, *Parliamentary representatives in Europe, 1848--2000: legislative recruitment and careers in eleven European countries*, Oxford, Oxford University Press, 2000. Em Inglaterra, país frequentemente tomado como exemplo, o sufrágio universal só foi instituído em 1928. De 1688 a 1832 tinham direito de voto (*franchise*) c. de 10 % da população masculine adulta. O *Great Reform Act*, de 1832, continha medidas (nomeadamente redistribuindo pelas cidades os votos dos *rotten boroughs*, pequenos círculos "eleitorais" cujos representantes eram, de facto, escolhidos por um notável local) que elevaram um pouco aquela percentagem (para c. 12%). O *Second Reform Act*, de 1867, estabeleceu o sufrágio universal para os chefes de família, elevando a percentagem de eleitores para 32 % dos homens adultos. O voto secreto foi instituído pelo *Secret Ballot Act*, de 1872, enquanto que o *Corrupt and Illegal Practises Act*, de 1883 punia tentativas de falseamento dos resultados eleitorais. O *Franchise Act*, de 1884 e o *Redistribution of Seats Act*, de 1885, elevaram o eleitorado para 56% da população adulta masculina (para uma síntese histórica cómoda e precisa, v. http://en.wikipedia.org/wiki/Elections_in_the_United_Kingdom#Expansion_of_the_franchise [2004.05.14]. Para a França, Pierre Rosanvallon, *Le peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Gallimard, 1998. Para os Estados Unidos, Horst Dippel, "Representation, Representatives and the Right to Vote, Or the Arduous Path Towards Democratic Representation in the United States, 1776 – 1849", em Horst Dippel, *Novas perspectivas sobre o constitucionalismo moderno*, Lisboa, Gulbenkian (em preparação).

dos votantes ficava muito aquém de abranger toda a população. De acordo com os dados do melhor estudo português sobre o assunto[715], a evolução do eleitorado, entre 1877 e 1890, corresponde ao seguinte gráfico:

Evolução do número de eleitores em relação à população maior de idade[716]



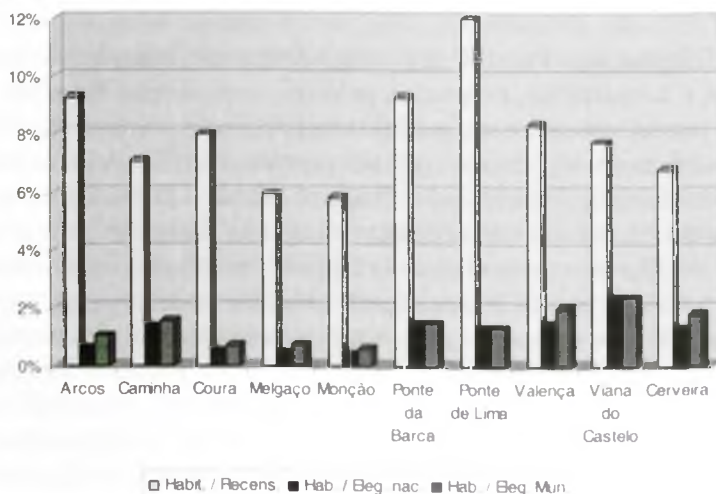
Se, de eleitores passarmos a elegíveis, a situação piorava, pois, com os limites mínimos de renda impostos pela *Carta*, apenas c. de 2% da população total podia ser deputado, sendo que, depois do alargamento do universo eleitoral operado pela lei de 1878, esta desproporção entre eleitores e elegíveis ainda se agrava-se[717].

Tomando um exemplo concreto, o do universo eleitoral de Viana do Castelo em 1857, chegamos ao seguinte gráfico, onde os sucessivos patamares de restrição se tornam visíveis

---

715 Pedro Tavares de Almeida, *Eleições e caciquismo [...]*, cit., p.36.
716 Pedro Tavares de Almeida, *Eleições e caciquismo [...]*, cit., p. 36.
717 Pedro Tavares de Almeida, *Eleições e caciquismo [...]*, cit., p. 41.

Relações entre habitantes e eleitores, entre eleitores e elegíveis para deputados e entre eleitores e elegíveis para cargos municipais – Viana do Castelo, 1857



Fonte: *Relatorios sobre o estado da administração publica nos districtos administrativos do continente do Reino e ilhas adjacentes em 1858*, Viana do Castelo.

Pela mesma época, em Coimbra[718], numa eleição em que se apresentaram como candidatos, nada menos do que três conspícuos professores da Faculdade de Direito, eram eleitores 13% da população tendo votado efectivamente 78 % dos recenseados. Ou seja, de facto, participaram 10% dos habitantes.

Como se vê, a introdução de requisitos censitários ou de habilitações escolares, ainda que mínimas, reduzia muitíssimo o universo eleitoral, sobretudo até à lei de 1878. Para além disso, a organização dos círculos eleitorais podia influenciar muito os resultados eleitorais. A criação de grandes círculos plurinominais diminuía o peso dos influentes locais, dissolvia os laços de poder da sociedade civil, e colocava os resultados elei-

[718] Vicente Ferrer Neto Paiva, que obteve 37% dos sufrágios, Francisco José Duarte Nazareth (31 %), Basílio Alberto de Sousa Pinto (31%). Fonte: *Relatorios sobre o estado da administração publica nos districtos administrativos do continente do Reino e ilhas adjacentes em 1858*, Coimbra.

torais na dependência das instruções emanadas do governo ou das lideranças partidárias nacionais. A combinação de zonas urbanas com zonas rurais no seio de um mesmo círculo diluía os sentimentos mais "avançados" dos habitantes das cidades no conservadorismo das populações rurais[719].

A Câmara dos Pares[720] era, originariamente, constituída por pares vitalícios e hereditários, nomeados pelo rei, sem número fixo (art. 39)[721]. Embora correspondesse a um modelo muito comum nos Estados europeus, a sua justificação não deixava de ser problemática[722]. Alguns autores – como o monárquico conservador Royer Collard – justificavam-na como "auxiliar do rei, para as ondas democráticas não abalarem constantemente o trono"[723]. Outros – como François Guizot – relacionavam a sua existência com o facto de, na sociedade, alguns cidadãos terem sempre "uma maior autoridade do que os outros, pela riqueza, pelo esplendor de nascimento, pelos merecimentos ou pela reputação [...] estes cidadãos formam uma ordem social distinta, e por isso deve-se-lhes dar na constituição o lugar que ocupam na sociedade"[724]. Claro que este raciocínio pressupunha que uma e outra câmara funcionassem sob diapasões políticos diferentes, que

---

719 Cf. Pedro Tavares de Almeida, *Eleições e caciquismo [...]*, cit., p. 46 ss. Legislação eleitoral ulterior, mais ou menos restritiva, mas jogando com os mesmos elementos: L. 30.5.1878 (a mais liberal, estendendo o voto a todos os chefes de família, independentemente do seu rendimento ou de saberem ler e escrever), dec. 28.3.1895 (= L. 21.5.1896), L. 26.7.1899, D. 8.8.1901 Em toda esta legislação, as mulheres eram inabilitadas, bem como os criados de servir (trabalhadores domésticos por conta de outrem. V., sobre o tema, José Frederico Laranjo, *Princípios [...]*, cit., 147 ss.; Trindade Coelho, *Manual politico [...]*, 457 ss.. 1834 (28.5, 125 deputados); 1836 (8.10, 120 deputados); 1838 (9.4, 142 deputados); 1842 (5.3, 145 deputados), 1847 (12.8, 142 deputados), 1851 (20.6, 159 deputados), 1852 (30.9, 156), 1859 (29.4, 179 deputados), 1869 (18.3., 107 deputados), 1878 (8.5, 149 deputados); bibliografia sobre leis eleitorais: A. M. do Couto Monteiro e A. J. Gonçalves Lima, *Manual do processo eleitoral ou exposição systematica da legislação em vigor sobre as operações do recenseamento e eleições de deputados com observações e notas*, Lisboa, Typ. Portugueza, 1865 (2ª ed., 1866); Joaquim de Almeida da Cunha, *Código do processo eleitoral*, Coimbra, Impr. da Universidade, 1878.

720 Cf. arts. 139 ss.; *José* Joaquim Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta [...]*, cit., II.1, 149 ss.; Marnoco e Sousa, *Direito politico [...]*, cit, ns. 186 ss..

721 Cf. [Diogo Augusto de Castro Constâncio], *Estatistica methodica do pariato civil e ecclesiastico, desde a sua fundação até 28 de Maio de 1875*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1875.

722 V., sobre o tema, Marnoco e Sousa, *Direito politico [...]*, 416 ss..

723 *Ibid.*, 415.

724 *Ibid.*, 416.

uma não fosse o retrato da outra, que se estabelecesse entre elas um sistema de verificação e contrapeso. Na prático, como veremos, isto não acontecia; pois, muito depressa, uma e outra passaram a traduzir basicamente a vontade do governo, embora isto se obtivesse por processos distintos: em relação à câmara eleita, pela manipulação das eleições; em relação à câmara nomeada, pela imposição ao rei da nomeação de "fornadas" de pares.

Mais para o fim do século, quando estas concepções aristocráticas e elitistas da sociedade começam a passar de moda, a questão é posta, antes, em termos políticos e legislativos. "Sob o aspecto político – escreve Marnoco e Sousa (*ibid.*, p. 417-418) –, a segunda câmara encontra a sua justificação na necessidade de corrigir os excessos e os abusos a que a Câmara dos Deputados pode ser levada, concentrando em si todo o poder do Estado, tornando o poder executivo e judiciário seus servidores, e não respeitando direitos públicos nem privados [...] Encarada a questão sob o aspecto legislativo, também não pode haver dúvida a respeito da necessidade duma segunda câmara. A função legislativa oferece grandes dificuldades para ser bem desempenhada, sendo necessário examinar, com todo o cuidado, os assuntos sobre que ela versa, a fim de se elaborarem leis em harmonia com as necessidades do país. Ora, a segunda câmara contribui para o melhor exercício desta função, em virtude do novo exame a que é submetido o projecto".

Porém, também aqui se manifestava o organicismo dominante no pensamento das últimas décadas do século[725] e favorável a este bicamaralismo, que permitia combinar o sufrágio individual com uma representação orgânica da sociedade. É a isto que se refere Marnoco e Sousa, quando desenha a função da câmara alta em função daquilo a que ele chama o "moderno movimento sindicalista"[726]: "Se se quiser que o parlamento seja uma exacta representação do país, é necessário que ele seja composto de

[725] Cf. *infra*, cap. 13.

[726] "O movimento sindicalista, embora se tenha primeiramente manifestado no proletariado, em virtude do desmentido que os factos vieram dar às profecias marxistas, não tem hoje simplesmente um carácter operário, mas abrange todas as classes sociais e tende a organizá-las juridicamente. Dele há-de derivar necessariamente a transformação do Estado, atribuindo à sociedade do futuro uma maior coesão e solidariedade" [...] O sindicalismo é a organização da massa amorfa de indivíduos; é a constituição na sociedade de grupos fortes e coerentes, de estrutura jurídica determinada, e compostos de homens já unidos pela comunidade da função social e do interesse profissional" (Marnoco e Sousa, *Direito politico [...]*, cit., 430).

duas câmaras, uma representando mais particularmente os indivíduos (Câmara dos Deputados) e outra (senado) representando mais particularmente os grupos sociais"[727]. Em Portugal, a mais proposta de reforma eleitoral que melhor traduzia este novo espírito organicista foi a de Oliveira Martins, que pretendia ver representadas no parlamento (i) instituições que incarnassem o elemento conservador, (ii) classes sociais que constituíssem o elemento progressista e (iii) condições morais e materiais (ideias dominantes, necessidades geográficas e físicas, utilidade política), como elementos de ponderação[728]. O sistema da *Carta*, no entanto, não chegou a incorporar estas inovações, que se tornaram dominantes na doutrina universitária nos finais da monarquia[729].

No entanto, a Câmara dos Pares foi perdendo a tonalidade meramente nobiliárquica, acomodando-se ao liberalismo elitista que dominava a teoria política dos meados do século – sobretudo por influência de Constant e de Guizot. Assim, a lei de 11.04.1845 restringiu o direito de hereditariedade dos pares, tornando-o dependente de um elevado censo ou de uma formação intelectual superior. No mesmo sentido, a lei orgânica do pariato (3.5.1878) estabeleceu também requisitos mínimos para a nomeação de pares pelo poder moderador[730].

O Acto Adicional de 24.7.1885[731] alterou significativamente o sistema da *Carta*, corrigindo ainda mais a natureza nobiliárquica e monárquica da instituição. A Câmara passou a ser composta de 100 pares vitalícios, nomeados pelo rei, de 50 pares electivos, e de pares por direito próprio[732]. No mesmo dia, uma lei ordinária regulou a eleição da parte electiva da Câmara, mandando eleger 45 pares pelos distritos administrativos e cinco pelos estabelecimentos científicos. No entanto, o Acto Adicional de

727 Marnoco e Sousa, *Direito político [...]*, cit., 439.

728 Cf. Oliveira Martins, *As Eleições*, Lisboa, Carvalho & C., 1878, pp. 58 e ss.. Já no século XX, o corporativismo recolhe daqui a sua doutrina do sufrágio orgânico. Sobre Oliveira Martins e as suas ideias políticas e sociais, Ekkehard Hallensleben, *J. P. de Oliveira Martins und der Sozialismus*, cit.; Rui Ramos, *Liberal reformism in Portugal: Oliveira Martins [...]*, cit..

729 Sobre as ideias de reforma da Câmara dos Pares dos finais da monarquia, v., *infra*, 14.3 ss..

730 V. Marnoco e Sousa, *Direito político [...]*, cit. 433.

731 Cf. *infra*, cap. 14.3.

732 Cf. Conde Casal Ribeiro, *Carta e pariato*, Lisboa, Antiga Casa Bertrand de José Bastos, 1895, pag 32; José Joaquim Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta [...]*, II.1, p. 197; Marnoco e Sousa, *Direito político [...]*, cit., 433.

1895[733], promulgado por decreto ditatorial de um governo regenerador de José Luciano de Castro (25.9.1895), ratificado pela lei de 3.4.1896, voltou a suprimir a parte electiva da Câmara, bem como os requisitos que o rei devia observar na nomeação de pares[734].

11.4.8.3. *Poder Executivo*[735]

11.4.8.3.1. **O âmbito de acção do executivo – "execução" das leis, governo e administração**

O poder executivo residia no rei, que o exercia pelos seus ministros (ou "secretários") de Estado (art. 75).

Embora isto não transpareça da ordem de enumeração do art. 75 da *Carta*, o núcleo mais permanente das atribuições do executivo é o "governo" e, dentro deste, a "administração"[736]. A estas atribuições se referem os §§ 3 e 4 (nomeação de magistrados e funcionários), 12 (expedição "de decretos, instruções e regulamentos adequados à boa execução das Leis" e 13 ("prover a tudo que for concernente à segurança interna [e externa] do Estado, na forma da Constituição"). Uma leitura destes parágrafos – postos ao mesmo nível das atribuições mais vistosas, mas também mais excepcionais, enunciadas nos restantes – não daria uma ideia do carácter central, autónomo e permanente que a função executiva tem no Estado liberal. De facto, quem ler desatentamente a enumeração de funções do art. 75, ficará com a ideia de que o executivo se limitava a asse-

[733] Cf. *infra*, cap. 14.4.

[734] Uma proposta de lei progressista, de 14.5.1900, tentou alterar de novo a composição da Câmara dos Pares, trazendo à câmara altos funcionários e intelectuais eleitos pelos estabelecimentos científicos. A oposição regeneradora fez fracassar a iniciativa. O decreto ditatorial de decreto de 23 de Dezembro de 1907, que não chegou a ter eficácia, pelo facto de a ditadura franquista não ter permitido novas eleições até à implantação da República, restaurou o sistema de 1885, embora autorizasse o rei a nomear pares sem número fixo e sem as restrições da lei de 1878.

[735] Cf. Tit. V, cap. II, arts. 75 ss.; cf. *José* Joaquim Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta [...]*, cit.,, II.1, 24 ss.; II.2, 10 ss.; Marnoco e Sousa, *Direito político [...]*, 681 ss..

[736] Sobre a contra-distinção e respectivos âmbitos do governo e da administração, J. J. Lopes Praça, *Estudos [...]*, II.2, 81 ss..

gurar passivamente as clássicas funções de execução das leis[737] e de defesa. Isto estava, porém, bem longe de ser verdade[738].

> Todas estas atribuições eram da responsabilidade do rei. No entanto, sendo este inviolável e sagrado (art. 72), era necessário que alguém assumisse a responsabilidade política e até criminal dos seus actos. Era esta a finalidade do instituto da referenda ministerial (art. 102), que obrigava os ministros a referendar e assinar "todos os actos do poder executivo, sem o que não poderão ter execução". Esta assinatura responsabilizava o ministro pelo acto praticado, em termos de este nem sequer se poder eximir invocando a ordem real (art. 105)[739-740].

Uma vez passada a onda fisiocrática – que era, sobretudo, uma reclamação de liberdade cidadã perante a organização corporativa e, depois, perante o Estado de polícia[741], o Estado liberal continental – cujo protótipo (e não a excepção) é o Estado administrativo e empreendedor do I Império francês[742] – encarregou-se da função de estabelecer a ordem e de garantir a estabilidade, o que não excluía um pronunciado dirigismo económico, social e político. Neste sentido, a função dita "executiva" transformou-se progressivamente numa função autonomamente "activa" e politicamente dominante: quase todos os actos do Estado eram, na verdade,

737 Função ainda partilhada com o judicial. A enumeração das atribuições do executivo na Constituição de 1838 ainda é mais surpreendente, pois exclui totalmente as actividades de governo e de administração.

738 As outras atribuições do executivo eram: § 1.° – Convocar as novas Cortes Gerais ordinárias [no dia 2 de Março do quarto ano da Legislatura existente no Reino de Portugal; e nos Domínios no ano antecedente; teoricamente, esta atribuição devia competir ao poder moderador]; § 2.° – Nomear ou prover dignidades eclesiásticas e nomear magistrados e demais empregos civis, políticos, militares e diplomáticos (§§ 3, 4, 5 e 6); § 7.° – Dirigir a política externa (§§ 7, 8 e 9); conceder Cartas de naturalização e distinções (§§ 10 e 11); § 13.° – Decretar a aplicação dos rendimentos destinados pelas Cortes nos vários ramos da Pública Administração; § 14.° – Conceder ou negar o beneplácito aos documentos eclesiásticos [...] que se não opuserem à Constituição, e precedendo aprovação das Cortes, se contiverem disposição geral.

739 Marnoco e Sousa, *Direito político [...]*, 721 ss..

740 Sobre o Conselho de Estado, v. cap. VI, arts. 107 ss.; José Joaquim Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta [...]*, cit., II.2, 165 ss..

741 Cf., em síntese, A. M. Hespanha, *Cultura jurídica europeia [...]* 2003; cap. 7.2.3.; Ana Cristina Nogueira da Silva, *O modelo espacial do Estado moderno*, Lisboa, Estampa, 1998, 23-34.

742 Cf. L. Mannori e B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 251.

actos executivos, descontados os comparativamente raros actos legislativos e os – dispersos e de impacto essencialmente *inter partes* – actos judiciais.

Isto já era assim no momento em que a *Carta* surgiu. Mas, durante a sua longa vigência, sê-lo-á cada vez mais, nomeadamente quando o Estado se passa a ocupar de tarefas de fomento metropolitano e colonial, da educação e, até, de assistência e de regulação industrial[743]. Estas progressiva revelação (*i.e.*, visibilização, consciencialização) e expansão das actividades de governo iriam tornar rapidamente óbvio de que modo era eufemizadora a descrição que a *Carta* fazia das funções do Executivo[744]. Obrigando, por isso, a uma série de reajustamentos de sentido do texto constitucional.

Notaremos, de seguida, os principais: (i) redesenho da teoria do poder "executivo"[745]; (ii) reforma do sistema de garantia dos direitos dos particulares em relação ao Estado[746]; e (iii) redefinição do sistema de relações entre o rei e o executivo[747].

O primeiro reajustamento dizia respeito à natureza do poder executivo, embora isso se reflectisse no modelo das relações entre executivo e legislativo. Teoricamente, o regime tinha evoluído de "meramente representativo" para "parlamentar". E isso implicava uma supremacia do parlamento sobre o governo[748].

Segundo a lógica do parlamentarismo, vigorava o princípio da responsabilidade do governo perante as câmaras e a consequente necessidade de que ele reflectisse o equilíbrio das forças políticas no parlamento. Este princípio fazia com que a nomeação e demissão do ministério deixasse de ser livre nas mãos do rei, devendo este estar atento às indicações do parlamento, expressas em votos de censura ou derrotas parlamentares do governo em matérias que este considerasse como decisivas. Este relevo do parlamento era, porém, mitigada pelo princípio monárquico ou "prerrogativa régia", correspondente à existência do poder moderador, pois se

---

743 Cf., *infra*, cap. 15.

744 Em 1838, Basílio Alberto de Sousa Pinto ensinava aos seus alunos que "É desta importância do poder Executivo, que proveio o chamar-se, Governo, porque é ele o que principalmente governa; Príncipe, porque é ele o principal, e cuja acção dá mais nos olhos do povo; Soberano, porque não obstante ser a Soberania a reunião de todos os poderes, este contudo é aquele, que mais influi na Sociedade." (*Análise da Constituição de 1838*, cit., p. 161).

745 V. p. 140.

746 V. p. 143.

747 V. p. 146

748 Cf. *infra* cap. 11.4.8.3.3.

entendia fazer parte da "prerrogativa régia" uma certa margem de imposição de um executivo ao legislativo, mantendo o rei governos sem apoio parlamentar, nomeando o número suficiente de pares para que o governo tivesse maioria na câmara alta ou dissolvendo a Câmara dos Deputados[749].

Mas a lógica parlamentarista era, de facto, quase esvaziada pelos poderes detidos pelo governo, alguns dos quais de natureza normativa.

Por um lado, o sistema parlamentar, baseado na harmonia entre legislativo e executivo, desdramatizava a questão da legalidade da administração, pois o executivo, apoiado na sua maioria parlamentar, tinha sempre a possibilidade de suscitar a cobertura legal de que carecesse para os seus objectivos de governo. O verdadeiro limite da acção do executivo passava antes a ser o controlo judicial da administração, se existisse e fosse eficaz.

Depois, o governo praticava actos normativos que cabiam, em teoria, ao poder legislativo. Era o caso dos decretos "com força de lei" (ou decretos ditatoriais)[750], a que as cortes raramente negavam a ratificação e que os tribunais, como se viu (cf. *supra*, 8.7.5, 11.4.6), costumavam aceitar como válidos. Ou dos decretos emitidos pelo governo ao abrigo de uma delegação legislativa das cortes. Outros actos normativos eram, formalmente, da competência do executivo; embora frequentemente tratassem matérias materialmente reservadas à lei, como as que tivessem reflexos na esfera jurídica dos particulares. Por fim, a distinção entre "lei" e "regulamento" era difícil, como o reconhecia Lopes Praça[751-752]. Em teoria, só a lei podia "ampliar, restringir ou modificar direitos ou obrigações", "ordenar, facilitar ou proibir em sentido diverso, ou contrário da disposição legal" e "extinguir ou anular direitos ou obrigações criados e mantidos na lei" (*ibid.*, 48)[753]

---

[749] José Tavares, *O poder governamental [...]*, cit., 192 ss..

[750] Lista das ditaduras (por partidos), entre 1852 e 1889, Clemente José dos Santos, *Estatísticas e biografias* ..., cit., II.1, 191; leis de ratificação de decretos ditatoriais (1837-1887), *ibid.*, III.3, 611.

[751] José Joaquim Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta [...]*, cit., II.2, 47. Para Sieyès, a lei obrigava os cidadãos, ao passo que o regulamento obrigava apenas a administração (E. Sieyès, *Escritos [...]*, cit., 307).

[752] Para o Império Alemão, v. M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts [...]*, II, 370 (versão ingl., 346).

[753] Marnoco e Sousa orienta-se fundamentalmente neste sentido: "Durante muito tempo, distinguiu-se a lei do regulamento, dizendo que a lei estabelece a máxima, o princípio, a generalidade, ao passo que o regulamento as particularidades; a lei dispõe sobre a substância dos direitos, O regulamento sobre os modos de tempo, de lugar e de forma. Mas, assim, enunciam-se máximas vagas, que não permitem fazer a distinção entre a lei e

No entanto, dadas as dificuldades de um critério material de distinção, os governos tendiam a ir paulatinamente invadindo a esfera de competência do legislativo:

> "É servindo-se de decretos e regulamentos que, por diversas vezes em mais de um país, o poder executivo tem pretendido usurpar o direito de interpretar as leis e também obter delegações do poder legislativo incompatíveis com a divisão e harmonia dos poderes políticos sancionada pela *Carta Constitucional* Portuguesa, e por todas as Constituições modeladas segundo as inspirações do Direito Publico Constitucional"[754].

A doutrina acaba por capitular, optando por um critério meramente enumerativo na distinção entre lei e regulamento[755].

Para além dos decretos regulamentares, surge um novo tipo – cada vez mais frequente – de normas emanadas do governo – os "regulamentos independentes", ou seja, os regulamentos "que não se adstringem directamente a uma lei, sendo emitidos em virtude dos poderes próprios conferidos ao rei pela constituição, pelas leis ou pelos costumes"[756].

Para além dos actos normativos, o executivo tomava decisões casuístas, ao abrigo da lei ou no âmbito dos seus poderes discricionários.

---

o regulamento. As palavras de deliberação e execução, observa justamente Meucci, de generalidade e particularidade, de substância e modos, têm um sentido inteiramente relativo [...] Parece-nos, entretanto, que é possível distinguir a lei do regulamento, desde o momento em que se note que a lei tem por objecto declarar o direito, ao passo que o regulamento tem por objecto desenvolvê-lo e adaptá-lo à sua aplicação. Por isso, a atribuição de direitos ou a imposição de obrigações à generalidade dos cidadãos é objecto da exclusiva competência da lei. É assim que com regulamentos não se podem instituir tribunais, criar autoridades públicas, incriminar factos, sancionar penas, restringir direitos públicos ou privados dos cidadãos, etc.. Pelo contrário, todas as disposições que se proponham desenvolver e tornar efectivos os direitos declarados pela lei, e que, de acordo com ela, tendam a promover o bem-estar intelectual e moral da sociedade, são da competência do regulamento", Marnoco e Sousa, *Direito politico [...]*, cit., 402/403. Sobre este tema, em sentido semelhante, José Frederico Laranjo, 1898, *Principios de direito politico*, 1898, ns. 43 e 44 (em A. M. Hespanha & Cristina Nogueira da Silva (org.) *Fontes para a história [...]*); José Tavares, *O poder governamental* ..., cit., 150.

[754] José Joaquim Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta [...]*, cit., II.2, 47.

[755] "Com efeito os regulamentos não podem nem criar empregos públicos, nem autorizar impostos, nem quaisquer crimes, nem impor penas, nem prejudicar os direitos públicos dos cidadãos, nem estatuir relativamente aos direitos privados, limitando-se neste ponto a desenvolver os princípios consignados na lei" (*ibid.*).

[756] Guimarães Pedrosa, *Curso de Sciencia da administração [...]*, 1909, 291; cf. também ibid., 80 e 144.

Este reforço dos poderes de governo correspondia a uma inevitável necessidade de acelerar a produção normativa, para a pôr de acordo com o dinamismo da vida moderna. Como disse, no parlamento, em 1890, o par Barros e Sá "tanto é verdade que em toda a parte onde vigora o sistema constitucional, os governos se vêem na dura necessidade às vezes de assumirem poderes extraordinários que no país onde o sistema parlamentar nasceu e onde funciona mais regularmente, onde vigora o princípio da omnipotência parlamentar, isso acontece"[757]. Neste sentido, mesmo a ditadura[758] – no sentido de exercício de funções legislativas pelo governo – perde uma conotação automaticamente pejorativa, passando os autores a distinguir esta ditadura "ordinária" da ditadura "extrema", anómala, que incluía a suspensão de direitos políticos[759].

Esta progressiva autonomia da função governativa desactualizou de todo a teoria estabelecida dos poderes, que não atribuía ao governo senão funções de execução. A realidade, porém, não era essa. Como refere M. Bluntschli, pelos meados do século[760], o governo não é somente uma soma de poderes, mas um centro acabado, um fogo comum que lança os seus raios em todos os sentidos [...] no interior está longe de ser um simples poder de execução [...] organiza, comanda, protege, administra, governa. Sempre activo, põe-se a decidir livremente, com independência, nos limites traçados pela lei"[761-762].

Em Portugal, apesar da modéstia das funções estaduais em relação às do Estado prussiano, Marnoco e Sousa podia escrever, nos finais do século:

> "Basta, porem, voltar a atenção para os factos, a fim de verificar que o poder executivo é mais alguma coisa do que a força aplicada à lei, segundo a frase de Rousseau. Não se pode imaginar um Estado de tal modo regulamentado, que todos os seus actos sejam realizados para executar ordens do poder legislativo. Todos sabem que nos Estados livres há muitos

---

757 Cit. por Clemente José dos Santos, *Estatísticas [...]*, cit., III.1., 164.

758 Vida, antes, p. 121.

759 Marnoco e Sousa, *Direito político [...]*, cit., 746-766; José Tavares, *O poder governamental [...]*, cit., 169.

760 A edição do *Allgemeines Staatsrecht geschichtlich begründet* é de 1851-1852; foi traduzido em francês por A. de Riedmatten, em 1889; pouco depois, é recomendado como livro de texto na Faculdade de Direito de Coimbra.

761 Trad. franc. *Le droit public général*, Paris, Guillaumin, 1885, 146.

762 Cf. antes, sobre o argumento, paralelo, da emergência do Estado, cap. 11.4.7.

actos praticados pelo poder executivo que não constituem a realização de uma ordem do poder legislativo.

A missão do poder executivo é efectivamente muito mais larga do que a de uma simples aplicação das leis, por mais amplas que sejam as regras que presidam a esta aplicação. A função do poder executivo não é de mera subordinação ao poder legislativo, visto compreender a direcção geral do Estado, a iniciativa e a preparação das leis, função eminentemente activa, e a administração do Estado nos seus vários ramos". Embora, depois, acrescente, restritivamente: "Mas, admitindo este carácter do poder executivo, não se deve, porem, exagerar, como faz Bluntschli, que chega a dizer que de todos os poderes públicos o executivo é o predominante, como a cabeça relativamente aos membros. Sobre o que não pode haver dúvida é sobre a impropriedade da expressão *poder executivo*, visto as funções do poder, que nós chamamos executivo, não serem simplesmente de execução, mas de governo e império. Basta notar que ele representa o Estado, dispõe das forças de terra e mar, administra os bens, resolve, ordena e proíbe segundo a sua própria vontade, mantém relações com os Estados estrangeiros, exerce direitos, estabelece regulamentos e nomeia empregados"[763].

Como tinha sido a teoria deo equilíbrio dos poderes que inspirara os mecanismos constitucionais de limitação do executivo, a mudança nas atribuições *de facto* do governo provocara o colapso do edifício jurídico que garantia a limitação deste. Pensado como mero executor das leis, como simples extensão aplicativa das decisões do parlamento, o governo era tido como controlável politicamente pelo parlamento, nomeadamente nos termos dos arts. 15, § 7 e 139. O que agora se verifica, porém, é que nem o parlamento tem a possibilidade de fiscalizar toda a frenética actividade governativa, nem pode escapar aos poderes de condicionamento de que o governo dispõe, nomeando funcionários, gerindo a atribuição de benesses, lançando melhoramentos, apoiando empresas, concedendo serviços. Pois tudo isto constituía um instrumento de controlo, não apenas do voto, mas mesmo dos eleitos. Esta progressiva desactualização dos meios tradicionais de controlo político do governo seria, para alguns publicistas, uma das causas da crise política que se manifestava nos finais da monarquia:

"O nosso governo parlamentar enferma de três vícios: O excessivo predomínio do poder executivo; a má constituição do parlamento; a defeituosa organização dos partidos políticos. O excessivo predomínio do poder

[763] Marnoco e Sousa, *Direito político [...]*, cit., 76/77.

executivo determina a subordinação do parlamento e tira-lhe toda a independência para fiscalizar os actos deste poder. Desse excessivo predomínio do poder executivo na nossa vida politica, é que resultam as frequentes ditaduras e delegações das funções legislativas no governo. É necessário reforçar o poder legislativo e para isso encontramos suficientes três disposições da proposta de 14 de março de 1900[764]: a reunião das cortes por direito próprio, a restrição da faculdade da sua dissolução e a não aplicação pelo poder judicial dos decretos, regulamentos ou ordens do governo que não sejam conformes às leis [...] É certo que alguns escritores, como Poinsard, mostram-se favoráveis à aplicação entre nós do regímen simplesmente representativo, não atendendo afinal a que o mal de toda a nossa vida constitucional tem sido o excessivo predomínio do poder executivo, que aquele regímen ainda viria a fortificar [...][765].

A solução aventada para o problema do controlo do governo foi a da substituição de um controlo político-parlamentar por um controle da legalidade (ou mesmo da constitucionalidade[766]), a cargo dos tribunais. É isto que está na origem da fortuna do princípio da legalidade da administração, cuja verificação deveria caber a órgãos jurisdicionais[767].

11.4.8.3.2. Controlo da legalidade: princípio e modalidades de realização

Segundo a *Carta* – e como o próprio nome indicava –, o executivo devia promover a "execução das leis". Esta fórmula apontava para uma actividade neutra, absolutamente vinculada aos termos da lei, exclusivamente dependente do controle do legislativo. No entanto, o dinamismo do governo fazia com que esta posição passiva do executivo não passasse

---

[764] Segundo esta proposta progressista de reforma constitucional – que acabaria por não ser aprovada, dada a oposição regeneradora –, os tribunais teriam competência para conhecer da constitucionalidade das leis, não podendo aplicar decretos, regulamentos ou ordens do governo que não fossem conformes às leis e à constituição. Cf. *infra*, cap. 14.5.

[765] Marnoco e Sousa, *Direito político [...]*, cit., 386. Sobre a crise do sistema constitucional, v. também J. A. Ismael Gracias, *Carta constitucional da Monarquia Portuguesa [...]*, cit., Nova Goa, 1895, xxxiv. E, *infra*, cap. 13.

[766] V., antes, n. 764.

[767] Sobre isto, L. Mannori e B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 313 ss.; Gustavo Gozzi, "Stato di diritto e diritti soggettivi nella storia costituzionale tedesca", em Pietro Costa, et al., *Lo Stato di diritto [...]*, cit., 260-283.

de uma imagem teórica. Na verdade, o governo estava aí, todos os dias, a tomar decisões, pressionado pelo ritmo de um trato social que se desenvolvia muito mais rapidamente do que as providências legislativas. A lei era esporádica; a administração quotidiana. Criada genericamente por lei uma nova área de actividade do Estado, toda a organização e regulação dela cabia ao executivo, não sendo impossível que ele, no desenvolvimento dessa sua tarefa de regulação, emitisse comandos que tinham uma eficácia externa (ou seja, que não apenas condicionavam, o funcionamento da administração, mas inovavam, também, na esfera dos direitos dos particulares[768]). Apesar da etiqueta de liberal que os Estados oitocentistas quase invariavelmente adoptaram, um rápido relance sobre os jornais oficiais ou pelos orçamentos logo nos dará a ideia de que, de facto, o Estado continuava a ser muito intervencionista, tendo até herdado poderes regulamentadores que, antes da Revolução, estavam a cargo de outras instâncias (cidades, organização corporativa). Daí que esta dependência do governo em relação à lei tivesse que ser objecto de reinterpretação.

"É justamente aqui que se enxerta a questão das garantias contra os actos praticados no exercício da actividade administrativa do Estado, antes abordada (cf. *supra*, cap. 11.4.5).

Lembremos, em síntese que, neste ponto, o advento do liberalismo diminuiu a garantia dos direitos dos particulares, tal como estava desenhada no sistema constitucional de Antigo Regime. Na verdade, com o liberalismo (na sequência de uma tendência que se estabelecera com o Estado de Polícia) a actividade administrativa ganha uma enorme preponderância, por se considerar que com ela se prossegue o interesse público e que este é, pela própria natureza das coisas, superior aos interesses particulares. Como escrevia Agostinho José Freire, no relatório de uma portaria do Ministério do Reino, de 23.4.1836, "sendo evidente que a primeira necessidade social é a força da Lei, é mister que, superiores à influência de paixões, e a qualquer espírito de partido, os Magistrados Administrativos, levados unicamente do bem público, empreguem todos os meios competentes para obter tão indispensáveis fins"[769]. A administração devia, portanto, gozar de uma amplíssima liberdade de acção, para que esta sua promoção do interesse público não fosse embaraçada pelos particulares, na defesa dos seus interesses parciais:

---

[768] Dispunham de uma eficácio "externa" ou "inovadora".

[769] Citado por José Silvestre Ribeiro, *Resoluções do Conselho de Estado na secção do Contencioso Administrativo*, I, Lisboa, 1854, 175.

"A Administração, propriamente dita, – escreve José Silvestre Ribeiro – tem a missão de conservar e manter os interesses gerais, e de satisfazer as necessidades comuns da associação. Debalde, porém, lhe seria confiado este encargo, se ao mesmo tempo não lhe fossem fornecidos os meios de acção, o poder, e as faculdades indispensáveis para conseguir um tão difícil *desideratum*. No interesse, pois, da comunidade, tem a Administração uma liberdade amplíssima de *acção*, e uma larga faculdade de avaliar a oportunidade e a eficácia das providências adoptáveis, na esfera da sua missão. Assim o exige a natureza das coisas"[770].

Isto exigiria uma rigorosa separação entre a administração política e civil, por um lado, e a administração judicial, por outro, de acordo com um princípio que tinha sido estabelecido em França pela lei de 16.8.1790 e, em Portugal, reafirmada pelos decretos de 16.5.1832[771]:

"A Autoridade Administrativa – escreve ainda Silvestre Ribeiro – provê a todos os serviços públicos, a tudo o que é exigido pela defesa externa do Estado, pela Administração económica da sua fortuna, pela polícia preventiva e pelo interesses da agricultura, do comércio, da indústria, etc., etc.. Deve pois, o Juiz, não *só* abster-se de fazer regulamentos gerais sobre as matérias reservadas para a Administração, mas também evitar, no seu julgamento, qualquer providencia administrativa. Reciprocamente o Administrador, ainda mesmo no esfera dos interesses gerais, deve abster-se de resolver questões de interesse particular, que essencialmente estão no domínio do julgador, na competência dos Tribunais. Os Tribunais ordinários julgam as contestações que resultam da execução dos contractos, ainda quando essas contestações se alevantam entre o Estado e os particulares [...] Se, acessoriamente a um processo civil ou criminal, aparecem dúvidas sobre o sentido e significação de um acto administrativo, invocado por uma das partes, a

770 José Silvestre Ribeiro, *Resoluções do Conselho de Estado [...]*, I, 177 s..

771 "A mais bela, e útil descoberta moral do século passado foi, sem dúvida, a *diferença de administrar e julgar*... A *administração* é a cadeia, que liga todas as partes do corpo social, e forma delas um todo, fazendo-as referir a ele. A Justiça a inspectora, que impede que os anéis da cadeia se rompam, corrigindo os vícios, e os abusos de todas as divergências; por isso, *administrar* é a regra geral, *julgar* é a regra particular. A necessidade da *administração* nasce das relações, e das necessidades sociais, e a necessidade dos *julgadores* nasce das fraquezas, e das moléstias do corpo social; a *Justiça* e consequência da *Administração*, porque esta representa a união dos interesses sociais, e a *Justiça* é meio de reprimir os divergentes, e de os fazer entrar no circulo geral, e na concorrência do bem comum. A primeira é a acção da comunidade social, a segunda o remédio dos males, que vêm atacar o bem publico".

Justiça não pode interpretá-lo. E com efeito, é natural o receio de que esta não entre bem no espírito da determinação administrativa, e por consequência deve esse incidente ser remetido a *Administração*, para esta o resolver[772][...][773].

Uma tão generosa concessão de poderes à administração constituía, porém, um risco para os particulares que, apesar do carácter subordinado dos seus interesses, não podiam ser total e arbitrariamente sacrificados ao interesse público, sobretudo quando estivessem em causa, não apenas os seus meros interesses ou expectativas, mas antes os seus interesses já protegidos pelo direito, os seus direitos – nomeadamente os inscritos no seu estado civil, ou os provindos da propriedade ou dos contratos. Daí que se previssem meios mais débeis ou mais fortes de garantia, consoante estivessem em causa meros interesses ou, em contrapartida, verdadeiros direitos:

"Suponhamos, porém, – explica ainda Silvestre Ribeiro num dos primeiros textos portugueses sobre a jurisdição administrativa[774] – que a Administração, no exercício das suas faculdades, praticou alguns autos, pelos quais foram desatendidos alguns interesses, ou contrariadas algumas esperanças dos administrados; neste caso, queixam-se estes, representam à Autoridade que praticou esses actos; mas uma tal representação é uma *apelação em nome do equidade*, destinada a mostrar que os interesses gerais não desmandavam tamanho sacrifício, e a *pedir a benevolência* da Autoridade, mais bem informada agora sobre as necessidades de tal ou tal serviço público, a revogação ou a modificação dos seus actos. Até aqui a Administração não tem diante de si senão os *interesses* dos administrados, e as necessidades gerais; mas a questão muda completamente de face, desde que entra em cena o *direito*, propriamente dito. Imaginemos agora que a Administração, mudando de terreno, prescreve ao direito particular um sacrifício em proveito do interesse geral, – imaginemos que se trata de fazer uma certa distribuição de encargos, ou de vantagens, entre os administrados: neste caso, como podem surgir conflitos entre o interesse geral e o direito dos particulares, vem a tornar-se indispensável unia entidade, que tenha o poder de desatar as dificuldades, de acabar com a luta... e essa entidade é, pela natureza das coisas, um *Julgador*. E aqui aparece já bem caracterizado o

[772] Cita Furart, *Elements de droit public et administratif*, Tomo 1.°, Liv. 1.°, Cap. 5.°, p. 155 e ss. da 3ª edição.

[773] José Silvestre Ribeiro, *Resoluções do Conselho de Estado*[...], I, 177-178; 180.

[774] José Silvestre Ribeiro, *Resoluções do Conselho de Estado*[...], I, 180.

Contencioso Administrativo, como recaindo sempre em uma oposição entre direitos".

Porém, a criação deste meio contencioso de defesa de direitos punha de novo em risco a eficácia da administração na realização do interesse público. Na verdade, a própria natureza de um dos direitos envolvidos – o direito da sociedade ao seu bem-estar, prosseguido pela administração – exigia uma lógica de resolução do diferendo distinta daquela que presidia à decisão dos conflitos de direitos privados. Daí que fosse de temer que os tribunais comuns, afeiçoados a esta última lógica, não estivessem em condições de entender correctamente as necessidade e urgências da administração, ao prosseguir o interesse público. Isto recomendaria a criação de uma jurisdição especial para a apreciação das queixas dos particulares, sempre que estas se dirigissem contra a administração, procurando fazer valer interesses privados em face do interesse geral. Daí, a necessidade de distinguir o âmbito de jurisdição do contencioso comum do contencioso especial dos actos da administração – o contencioso administrativo[775]:

> "Podemos, porém, dizer em regra geral: não podem pertencer ao Contencioso Administrativo senão os Recursos que tiverem por objecto uma reclamação fundada sobre um direito, que a Administração desatendeu ou ofendeu, por meio de actos que praticou [...] Assim, quando se trata de questões de direito comum, nas quais só estão em conflito interesses particulares, é evidente que essas questões hão de ser decididas judicialmente. E ainda quando qualquer Tribunal Administrativo tenha começado a tomar conhecimento de um recurso em matéria de sua competência, – se nesse negócio aparecer um incidente, que nada tenha de comum com a Administração, mas verse sobre um ponto de direito meramente particular, sem nenhuma relação com a Administração, – esse incidente deve ser decidido judicialmente"[776].

Para o contencioso administrativo ficavam, portanto, os casos em que direitos particulares tivessem sido ofendidos pela administração, ou por violação da lei e regulamentos (nomeadamente das que distribuíam

[775] Sobre esta distinção, v. também J. J. Lopes Praça, *Estudos* [...], II.1., 309 ss..

[776] Cita: G. Dufour, *Traité Général do Droit Administratif applique*; E. R. Laferrière, *Cours do Droit Public et Administratif*; L.A. Macarel, *Tribunaux Administratifs*; Carmenin, *Questions de Droit Administratif*; F. Foucart, *Eléments de Droit Public et Administratif*; Alfred Blanche, *Dictionnaire Général d'administration* (s.v.: «Administration», «Contentieux», «Tribunaux administratifs»; A. Vivien, *Études Administratives*.

competências ou estabeleciam formalidades), ou por incumprimento de contrato celebrado por ela mesma.

As garantias oferecidas por tribunais especiais – separados da jurisdição comum, integrados na própria administração, cuja especialidade era explicada pelo facto de ser necessária uma especial compreensão para a lógica administrativa, propulsora do interesse geral – eram pouco firmes. Mas, mesmo descontando isto, importa notar o carácter restrito dos actos da administração que podiam ser sindicados pelo contencioso administrativo. Estes eram apenas os *actos ofensivos de direitos individuais estabelecidos pela lei ou contrato com a administração*. Pode, com isto, dizer-se que a administração não era obrigada a respeitar a esfera jurídica dos particulares, considerada em si mesma; que os direitos dos particulares não constituíam, só por si, um limite à actuação da administração. Aquilo que limitava a administração era apenas: (i) a fixação pela lei das competências e formalidades para agir no âmbito da esfera jurídica dos particulares; (ii) o especial acto contratual pelo qual a mesma administração se vinculasse perante um particular. Isto confirma algo que já antes[777] ficou dito: as esferas jurídicas dos particulares só se impunham ao Estado liberal "nos limites da lei". Se esta atribuísse à administração competências e processos para as violar, a garantia destas desaparecia.

Daí que, na realidade, a esfera de acção livre da administração fosse definida apenas negativamente: o Estado podia fazer tudo aquilo que não estivesse proibido por lei, pela lei do próprio Estado. Em contrapartida, tudo o que a lei não proibisse era matéria de legítima, livre ou discricionária decisão do Estado. Ou seja, os artigos constitucionais que definiam a liberdade como a possibilidade de fazer tudo aquilo que a lei não proibisse[778] não se dirigiam apenas aos particulares; dirigiam-se também ao Estado, determinando o espaço da sua liberdade, a que mais propriamente se chamava *soberania*. Só que, nesta esfera livre de proibições legais, se houvesse conflitos de interesses, o que prevalecia, em caso de conflito, era o interesse público, e não o interesse privado.

Neste domínio de liberdade, o executivo movia-se com à vontade. Teoricamente, tinha que respeitar o direito objectivo, obedecendo às leis que estabelecessem competências ou formalidades. No entanto, a mera violação da lei, sem que se produzisse uma ofensa de direitos, não atribuía aos particulares a possibilidade de recurso contencioso dos actos da administração.

---

[777] Cf., antes, caps. 7.1.3 e 11.4.5.

[778] Cf. *Carta constitucional*, art. 145 § 1.

E assim, por falta de um interesse legítimo para agir, nenhum particular podia opor-se judicialmente a um acto ilegal da administração. O recurso contencioso *directo* por ilegalidade (*contentieux d'annulation*, ao lado do *contentieux de pleine juridiction*, voltado para a garantia de direitos) só aparece, em França, a partir de meados dos anos '60 do séc. XIX[779].

Em Portugal, a justiça administrativa surge com a lei de 3 de Maio de 1845 (Costa Cabral), que cria o Conselho de Estado administrativo junto ao antigo Conselho de Estado político, previsto no art. 107.° da *Carta*. As atribuições eram o alto contencioso administrativo e o voto sobre questões da administração pública. No entanto, as decisões desta secção de contencioso administrativo do Conselho de Estado tinham que ser homologadas por decreto governamental, o que ainda atenuava mais a natureza jurisdicional independente da justiça administrativa. O decreto de 9.7.1870 (Duque de Saldanha) transformou o Conselho de Estado administrativo no Supremo Tribunal Administrativo, a quem foi cometido o contencioso da administração em última instância, embora com a mesma reserva de homologação governamental[780-781].

Tudo isto combinado, pode dizer-se que a garantia material de direitos se transformou, na constituição política liberal, numa mera garantia da legalidade formal e, ainda assim, só quando se concretizasse numa ofensa de direitos individuais, tais como fossem definidos na lei[782].

Relacionada com a questão do controlo da legalidade da administração está a da responsabilidade penal e civil dos agentes do Estado pelos seus actos[783-784].

---

[779] L. Mannori & B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 358 s..

[780] O dec. de 11.6.1870 (José Dias Ferreira) determinou que, enquanto se não regulasse definitivamente a organização e os serviços do Supremo Tribunal Administrativo (o que só aconteceria com a lei de 1.4.1875 [Rodrigues Sampaio]), este tribunal assumiria todas da secção do contencioso administrativo do Conselho de Estado. Reorganização pelo dec. de 29.7.1886; cf. José Tavares, *O poder governamental [...]*, cit., 241 ss..

[781] A necessidade de homologação manteve-se até 1924.

[782] Sobre a justiça administrativa na Europa continental, cf. L. Mannori & B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 343 ss.; introdução mais breve ao tema, sobretudo para a França, depois da Revolução, v. E. García de Enterría, *La lengua de los derechos [...]*, cit., 181 ss...

[783] Cf. J. J. Lopes Praça, *Estudos [...]*, II.2, p. 159 ss.; J. F. Marnoco e Sousa, *Direito político [...]*, cit., 721 ss..

[784] Sobre o tema da responsabilidade dos agentes do Estado, v., antes, caps. 8.7.3. e 8.7.5. e 64 (*Const. 1822*); cap. 11.4.5. (*Carta*).

Nesta questão, a dogmática de direito público parte de alguns pressupostos que condicionam o regime institucional acolhido.

O primeiro é o de que o Estado – ou um dos seus poderes – não podia, por natureza, praticar actos ilícitos. E que, portanto, se estes foram praticados, o foram abusivamente pelas pessoas que ocupavam os cargo, gerando, por isso, apenas uma responsabilidade pessoal desses titulares.

O segundo pressuposto é o de que os actos lícitos não podem gerar danos aos particulares, se entendido o dano como o prejuízo resultante de uma ofensa de direitos. Isto porque, existindo os direitos *nos termos da lei*, um acto administrativo respeitador da lei nunca ofenderia direitos e, logo, nunca causaria prejuízos.

A conclusão era a de que a responsabilização civil ou criminal do Estado era impossível: a decorrente de actos ilícitos, porque o Estado nunca os podia praticar; a responsabilidade por actos lícitos, porque estes nunca produziriam ofensa de direitos e, logo, nunca seriam susceptíveis de gerar danos.

O que existiria era responsabilidade dos ministros, que alguns – como Benjamin Constant – pretendiam reduzir aos actos lícitos, já que actos ilícitos não os poderiam praticar como ministros, mas apenas como particulares. Todavia, a opinião mais comum era a da sujeição dos ministros à responsabilidade apenas por actos ilícitos, nomeadamente quando ao ilícito meramente civil, já que era duvidoso se os tipos penais previstos no código penal abrangiam os crimes dos ministros[785]. Foi nestas complacentes águas que navegou também a doutrina portuguesa oitocentista, não admirandoque, no plano legislativo, nunca se tenha promulgado alguma lei eficiente sobre a matéria[786].

---

[785] Quanto à responsabilidade meramente civil, Marnoco e Sousa considera "difícil sustentar que o ministro pode escapar a ela, visto o art. 2400.° do Cod. Civ. dispor que, se os empregados públicos, excedendo as suas atribuições legais, praticarem actos de que resultem para outrem perdas e danos, serão responsáveis do mesmo modo que os cidadãos" (*Direito politico*, cit., 737 s.).

[786] Cf. *supra*, cap. 8.7.5. 1821. discussão do art. 159 do projecto
da *Constituição de 1822* na sessão de 1 de Dezembro. 1823 (3. Jan.). Responsabilidade dos funcionários. 1826. sessão de 4.12, parecer n.° 54. 1828. Projecto de lei n.° 173 do deputado José Machado de Abreu, impondo a responsabilidade aos ministros e conselheiro de Estado, e indicando a maneira de proceder contra eles, 6 do Fevereiro de 1828, p. 195. Proposições dos pares Conde de S. Miguel, Marquês do Alegrete e Conde de Lumiares, 19 e 21 de Janeiro de 182S, DCG, p. 57. 1834. Projecto do Duque de Palmela sobre responsabilidade ministerial, *Gazeta do Governo*, n.° 83, de 4 de Outubro p. 427. 1834 a 1835,

11.4.8.3.3. **A unidade do governo**

Um ulterior reajustamento exigido pelo estabelecimento de uma administração activa dizia respeito às relações entre o rei, as cortes e os ministros.

A *Carta* v. ocomeçou por adoptar um modelo tradicional, atomista, em que cada ministro respondia individualmente perante o rei. A este modelo chamou a doutrina da época "governos simplesmente representativo", definindo-o como aquele em que "o chefe do Estado é o responsável pelos actos do poder executivo". Não existia, portanto, a responsabilidade constitucional dos ministros, porquanto, concentrando o chefe do Estado nas suas mãos o poder executivo, devia ter, logicamente, também toda a responsabilidade pelo seu exercício. E era por isso que se reconhecia ao chefe do Estado a mais ampla liberdade de acção, a fim de não encontrar na coacção de outrem um motivo para se subtrair parcialmente à própria responsabilidade. O ministério era unicamente um órgão passivo e mecânico da vontade do rei. Os ministros eram outros tantos executores

---

sessão legislativa, projecto n.° 36-A. 1836. Proposta de José Cabral Teixeira de Morais, sobre responsabilidades de diferentes funcionários públicos, *Diário do Governo*, n.° 37, de 18 de Março, pág. 372.1838. Projecto do senador Félix Pereira de Magalhães (projecto n.° 200-E); foi remetido à comissão competente; sem sequência; 1848 (01. Abril). Projecto do par Félix Pereira de Magalhães. 1880. Relatório e proposta de lei do Ministério da Justiça sobre responsabilidade ministerial, *Diário da Câmara dos Deputados*, 1880/02/04, pp. 396-399; 1880/02/06, pp. 396-399; 1880/04/10,1pp. 353-1370; 1880/04/12,1 pp. 372--1389; 1880/04/13,1pp. 398-1409; 1880/04/14. 1893 Proposta de lei do ministro da Justiça sobre a responsabilidade dos ministros de Estado, *Diário da Câmara dos Deputados*, 1893/05/16, 30-35 Não foi discutido (cf. índice a pp. XX). 1902. Renovação de iniciativa da proposta de lei apresentada pelo ministro da Justiça em 16 Maio de 1893 sobre responsabilidade ministerial, *Diário da Câmara dos Deputados*, 1902/01/02, 11-16. 1903. Renovação de iniciativa da proposta de lei apresentada pelo ministro da Justiça em 4 de Fevereiro de 1880 sobre responsabilidade ministerial, *Diário da Câmara dos Deputados*, 1903.01.23. 1906 Proposta de lei apresentada pelo ministro da Justiça sobre responsabilidade ministerial, *Diário da Câmara dos Deputados*, 1906/10/06, 18-23; 1906/11/27, 9-37; 1906/11/28, 07-16; 1906/11/28, 21-26; 1906/11/30, 17; 1906/12/03, 9-10; 1906/12/04, 13-15; 1906/12/05, 10 ss.; 1906/12/06, 6-11; 1906/12/07, 6-13; 1906/12/17, 12-13). 1909. Proposta de lei apresentada pelo ministro da Justiça sobre responsabilidade ministerial, *Diário da Câmara dos Deputados*, 1909/08/01, 15-21. 1910. Proposta de lei apresentada pelo ministro da Justiça sobre responsabilidade ministerial, *Diário da Câmara dos Deputados*, 1910/04/02, 14-18. Sobre a responsabilidade dos funcionários, Guimarães Pedrosa, *Curso de sciencia da administração*, 289 ss..

parciais da sua vontade e das suas ordens; verdadeiros funcionários subalternos. Por isso, eram unicamente responsáveis perante o rei. O ministério não precisava de unanimidade política, visto não constituir uma unidade com vontade comum e responsabilidade solidária. A unidade do governo, neste caso, encontrava a sua directa expressão no chefe do Estado"[787]. Tal era o sistema originário da *Carta*[788], correspondente àquilo a que se chamou "monarquia constitucional", regime marcado pela predominância do "princípio monárquico" (v. *supra*, pp. 23 s.; p. 130).

Progressivamente, o governo passa a encontrar-se na situação de ter que levar a cabo uma vasta actividade administrativa, devendo actuar harmonicamente, de acordo com princípios de solidariedade e de harmonia interna. Daí que a prática constitucional fosse alterando as coisas, no sentido do estabelecimento de um "governo de gabinete", cujas características seria a solidariedade política do ministério (traduzida, nomeadamente, na existência de um "Presidente do Conselho")[789].

Não foram ainda as primeiras constituições que deram unidade institucional à política do Estado, criando um "ministério" que coordenasse a acção dos secretários de Estado e garantisse a unidade da política conjuntural do Estado. Durante o Antigo Regime – apesar da existência, de facto, de "validos" do rei[790] que, por vezes, asseguravam a coordenação, apesar da tentativa de recriar um "escrivão da puridade" e embora tenha surgido a designação de "primeiro-ministro assistente no despacho"[791], os "secretários de Estado" não formavam um colégio, dependendo individualmente do monarca. No primeiro liberalismo, estes continuaram a ser individualmente nomeados e demitidos (Constituição de 1822, arts. 159. e 161.; *Carta* de 1826, art. 101). Embora, na prática, tenha havido presidentes do ministério desde o primeiro governo de D. Maria II (de 24.9.1834), a figura só apareceu com a Lei de 23 de Junho de 1855. Esta unificação da

---

787 Marnoco e Sousa, *Direito político [...]*, cit., 227-28. Cf. também José Frederico Laranjo, *Princípios [...]*, cit., Livro III, 1898, p. 81 ss..

788 A *Carta* referia-se à relação entre o rei e os ministros de forma que insinuava a exclusiva responsabilidade destes perante o rei ("seus [do rei] ministros, art. 75; e estabelecia expressamente que a nomeação dos ministros era um acto livre do rei, como titular do poder moderador (art. 74, § 5).

789 Também José Frederico Laranjo, *Princípios de direito político*, cit., 1898, ns. 31 a 35. (A. M. Hespanha & Cristina Nogueira da Silva (org.) *Fontes para a história [...]*)

790 Como o Conde Duque de Olivares (com Filipe III) ou o Conde de Castelo Melhor (com D. Afonso VI).

791 Com D. Luís da Cunha e, depois, com Pombal.

acção política estadual, se bem que explicável pela lógica da imagem da unidade da soberania e do Estado, garantia também a eficácia de uma administração dirigida para objectivos de novo tipo. Na verdade, enquanto a administração sinodal correspondia a um modelo passivo, conservador, de exercício do poder, a administração governamental, estadualista, activa, dirigia-se para a produção de resultados sociais novos, sendo característica de um poder que se entendia como modelador da sociedade.

A existência de um "ministério" transformou o Conselho de Ministros num órgão permanente e global de consulta da política do Estado. Assim, A lei de 23 de Junho de 1855 (art. 2, § ún.) dispõe que "todos os negócios importantes, especialmente os que respeitarem a assuntos que tenham de ser levados ao corpo legislativo ou que, na conformidade da *Carta* constitucional e das leis, devam ser submetidos ao Conselho de Estado, serão tratados e decididos em Conselho de Ministros"[792]. Nestas sessões do Conselho, não apenas cada ministro podia coordenar a sua política com a política geral do governo, como, principalmente, o Gabinete co-responsabilizava-se pelas políticas sectoriais, dando assim corpo à unidade do Estado[793].

---

[792] Artigo 1.° Em todos os Ministérios haverá um Presidente do Conselho de Ministros, nomeado pelo Rei. Art. 2.° O Presidenta do Conselho de Ministros é o Chefe do Ministério. Nessa qualidade convoca as reuniões do conselho ordinaria e extraordinariamente; tem voto sobre todos os negócios, de que nelas se tratar, e é solidariedade responsável, como todos os outros Ministros de Estado. § único. 10(105 Os negócios importantes, especialmente os que respeitarem a assumptos que tenham de ser levados ao Corpo Legislativo, ou que, na conformidade da Carta Constitucional e das Leis, devam ser submetidos ao Conselho de Estado, serão tratados e decididos em Conselho de Ministros.

[793] "E certo que cada ministro prepara na sua secretaria, quer as propostas de lei para serem submetidas ao parlamento, quer os regulamentos de administração pública, ou seja em virtude de urna disposição de lei ou por caberem nas atribuições do seu poder administrativo, quer quaisquer outros negócios, os quais todos, desde que se achem compreendidos na citada disposição da lei de 23 de Junho de 1855, são presentes a conselho de ministros; e o mesmo ministro pode tirar esclarecimento e conselho da discussão havida no conselho de ministros. Não é todavia este o intuito capital que a citada lei tem em vista com a referida disposição, mas sim que, tratando-se de assuntos que prendem com a marcha governativa do ministério ou com objecto importante da administração superior do Estado, como a responsabilidade de tais actos se reflecte sôbre todo o gabinete, eles têm de ser tratados e decididos em conselho de ministros, como dizem as últimas palavras da disposição citada; e assim a função do conselho de ministros é propriamente de deliberação e não de consulta" (Guimarães Pedrosa, *Sciencia da administração [...]*, 75).

A figura do Conselho de Ministros implicava ainda que a indicação dos ministros era da responsabilidade do presidente do conselho (e não do rei), que só este podia dispensar ou substituir algum ministro individualmente, que a queda do primeiro-ministro (e só a dele) implicava a queda do ministério.

Um outro órgão de unificação política, por meio do exercício do poder consultivo era o Conselho de Estado[794-795].

Finalmente, e ainda no plano político-institucional, a ideia de unidade potencia a exigência de uma unidade de governo, ou seja a constituição de uma estrutura administrativa dominada pelos princípios da centralização e da hierarquia, no âmbito do poder executivo, reagindo contra a pulverização e "descerebração" típica dos modelos de governo do Antigo Regime[796]. Enquanto, no Antigo Regime, o governo por conselhos (sinodia, polissinodia) sacrificava a unidade de acção à garantia de participação dos estratos interessados na decisão, os regimes político-administrativos seguintes valorizam a unidade de governo. Esta unidade de governo estende-se para o plano administrativo, criando um ideal de uniformidade e organicidade de métodos e de processos que receberá, na França pós-revolucionária, a designação de "administração", conceito este que substitui o velho conceito de "police" como agregado inorgânico de matérias e de práticas administrativas[797]. Já desde os finais do Antigo Regime que se verificava uma desconfiança nos «conselhos», conservadores, lentos e insindicados[798], preferindo-se a estes o modelo do magistrado único, depen-

---

794 L. 3.5.1845; R. 16.7.1845; R. 9.1.1850; D. 9.6.1870 (separando o Conselho de Estado político [cf. CC, art. 107.°] do Conselho de Estado administrativo, a que deu o nome de Supremo Tribunal Administrativo); cf. Guimarães Pedrosa, *Curso de ciência da administração [...]*, 1909, 77 ss.; atribuição de funções consultivas, D. 29.7.1886 (*ibid.*, 75 ss.)

795 Sobre a Procuradoria-Geral da Coroa e Fazenda, Guimarães Pedrosa, *Sciencia da administração [...]*, 80; sobre o Tribunal de Contas, *ibid.*, 82 ss..

796 Cf. A. M. Hespanha, "Paradigmes de légitimation, aires de gouvernement, traitement administratif et agents de l'administration", *Les figures de l'administrateur. Institutions, réseaux, pouvoirs en Espagne, en France et au Portugal*, Paris, E.H.E.S.S., 1996, 19-28 (basicamente, também em A. M. Hespanha, *O Antigo Regime*, em J. Mattoso, *História de Portugal*, cit., IV, 157-163).

797 Na Alemanha, em que o corte político não foi tão radical, permanece a velha designação de *Polizei*, para designar o conjunto de técnicas de governo dos Estados monárquicos. Cf. B. Sordi, *Storia [...]*, cit., 2001.

798 A "desembargocracia", de que falava Almeida Garrett nas cortes, em 1837,

dente do rei (comissário, intendente, inspector – entre nós, v.g., o Intendente-Geral da Polícia, Superintendente-Geral dos Contrabandos, Intendente dos Armazéns da Índia e da Guiné, Intendente-Geral das Minas e Metais, etc.). No entanto, ao nível superior de governo, faltavam órgãos de coordenação, permanecendo a coexistência de políticas diferentes, oriundas de órgãos administrativos do mesmo nível ou de secretários de Estado incarnando correntes opostas de opinião.

A construção de uma estrutura administrativa moderna significou, portanto:

- fixação unitária dos fins do Estado, definindo, de forma concreta, o complexo das actividades de governação e dando-lhes coerência;
- estabelecimento de uma administração sistematicamente enquadrada e dependente do executivo, pelos vários ministérios[799], acabando com administrações autónomas do governo ou sujeitas a uma sua tutela apenas difusa;
- estabelecendo um rigoroso princípio de hierarquia administrativa, expresso no direito de autoridade do superior sobre o inferior, concretizado na capacidade de dar "ordens" ou "instruções", de exame ou de reforma dos actos dos inferiores e no de avocação destes actos pelo superior[800].
- submissão a essa estrutura administrativa das diferentes matérias de governação;
- estabelecimento de regras uniformes de processamento das matérias administrativas;
- estabelecimento do princípio da unidade orçamental.

O progresso deste modelo administrativo não teve o mesmo perfil em todas as áreas, como se dirá adiante (cf. p. 11.4.8.3.4).

---

[799] "Nos ministérios, instituição característica dos estados modernos, encontra-se a *unidade administrativa* dos diversos serviços públicos de que se ocupa a administração central. Assim, o conceito de *ministério* será – a instituição pública destinada à direcção de urna das grandes partes em que organicamente se divide a actividade administrativa do Estado" (Guimarães Pedrosa, *Sciencia da administração [...]*, 41).

[800] Guimarães Pedrosa, *Sciencia da administração [...]*, 48; de que era contrapartida a "garantia administrativa" dos subordinados (c. *supra*, p. 115).

11.4.8.3.4. **O modelo administrativo do Estado**

O que antes se disse sobre a construção dogmática do Estado e, no seu âmbito, da função de governo (cf. *supra*, 11.4.7) tem agora que ser completado por uma perspectiva mais voltada para os aspectos político-institucionais, também eles convergentes no sentido do incremento da função governativa.

A um processo inicial de reequipamento institucional da "governação", desencadeado pelas necessidades financeira, vão-se juntar outros de idêntico sentido, motivados por outros novos desígnios de governo (militar, penal-disciplinar, de fomento, assistencial). Esta "encarnação institucional do Estado" constitui um movimento de longa duração que, pré-anunciado com o Estado de polícia, nos finais do séc. XVIII, se desenvolve no Estado napoleónico e se estenderá pelos séculos XIX e XX. Em paralelo, isto leva a um esvaziamento dos pólos políticos periféricos, aos quais competiam antes, nas suas mais restritas dimensões, as funções de governação agora progressivamente apropriadas pelo Estado.

A definição dos fins do Estado vai-se complexificando à medida que a visão liberal clássica – e, realmente, sempre pouco correspondente à realidade das coisas, pelo menos na Europa continental – de um Estado guarda-nocturno é superada. Pelos finais do século, Guimarães Pedrosa enumera-os deste modo: "Muitos factores podem concorrer para a segurança interna do Estado, não sendo a força armada, a qual de momento pode restabelecê-la, o elemento fundamental da sua manutenção. Ela assenta no acerto de muitas e variadas providências. Convém, como diz o Sr. Dr. Lopes Praça [*Estudos sobre a Carta [...]*, t. III, p. 57] desenvolver e animar as indústrias, e remover as causas da miséria, das doenças e dos crimes, organizando escolas, promovendo a sua frequência, dirigindo a emigração, minorando os efeitos das calamidades públicas, não incitando os capitais a fugir das indústrias para jazerem numa aplicação improdutiva, não esgotando com os impostos as fontes do rendimento colectável, e em suma tornando os tribunais de justiça incorruptíveis e acessíveis a todos os cidadãos. Ainda um dos elementos da manutenção da ordem e segurança interna é a organização da polícia; mas esta, para desempenhar a sua missão, deve ser moralizada e moralizadora, forte mas prudente, e em muitos casos instrutiva, e benévola sem desigualdades; de contrário, poderá converter-se em elemento promotor da desordem"[801].

[801] Guimarães Pedrosa, *Sciencia da administração [...]*, cit., 19.

A inovação e crescimento do aparelho de Estado tiveram diferentes perfis. Em certas áreas, a evolução foi rápida. Em algumas outras subsistiram durante mais tempo as instituições de Antigo Regime, com as suas lógicas político-administrativas, processuais e financeiras particularistas. Noutras, ainda, mantiveram-se resíduos da administração autónoma, através de entidades diferentes do Estado, a quem este cometeu o desempenho de funções públicas (v.g., Academia das Ciências, Universidade de Coimbra, Misericórdias, Sociedade de Geografia). Noutros, finalmente, manteve-se a pluralidade financeira, consignando certas receitas a certas despesas (como é o caso da consignação de certas receitas à amortização da dívida pública). Na segunda metade do séc. XIX, desenvolve-se mesmo uma política de devolução da realização de funções públicas a entidades particulares, por meio de concessões. Isto acontece, por exemplo, no domínio das funções de fomento económico (nomeadamente, na constituição da rede ferroviária), mas também na administração ultramarina, com a constituição de companhias majestáticas coloniais (Companhia de Moçambique [1888], Companhia da Zambézia [1880], Companhia do Niassa [1891], Companhia de Mossâmedes [1894])[802].

Embora a *Carta* não estabelecesse o número de secretarias de Estado (ao contrário do que acontecia na *Constituição de 1822* [Negócios do Reino, Justiça, Fazenda, Guerra, Marinha e Negócios Estrangeiros])[803], logo em 1834, D. Pedro II provê as seis secretarias de Estado tradicionais. Em 1852 (30.8), cria-se a Secretaria de Estado das Obras Públicas, Comércio e Indústria, correspondendo ao novo ênfase posto nas políticas de "fomento" do fontismo. Em 1870 (22.6), Saldanha cria, em ditadura, o Ministério da Instrução Pública, com serviços dependentes, até aí, do Ministério do Reino, inovação que as cortes não sancionariam; novamente por decreto ditatorial, este ministério é restabelecido em 1890 (5.4), mas não durou senão até 1892 (L. de 3.3.).

São estes sete Ministérios que disciplinam toda a actividade administrativa no Reino. Objecto de uma relativa especialização territorial era o Ministério da Marinha e Ultramar, já que, nesta última parte, tinha competência exclusiva para as colónias. As quais, além disso, podiam ter – e frequentemente tinham – regimes administrativos e jurídicos diferentes do

[802] Cf. Arthur Moraes de Carvalho, *Companhias de colonização*, cit. (discussão da questão em Portugal, p. 160 ss.).

[803] Cf. *Carta Constitucional*, art. 101.

reino, depois que, primeiro a Constituição de 1838 e, depois, o Acto Adicional de 1852, o tinham permitido[804].

O peso relativo das várias funções do Estado pode ser medido. Ou pelas despesas feitas em cada área, ou pelo número de funcionários que lhes são respectivamente afectados.

Adoptando o primeiro método, o que há a fazer é avaliar os equilíbrios entre vários tipos de despesa, cada uma correspondendo a um objectivo estratégico da actividade estadual. Podemos fazer isto, mais simplificadamente, calculando a despesa de várias repartições (ou grupos de repartições, v.g., os ministérios). Mas é mais profunda uma análise que se baseia numa classificação mais agregada das despesas, em função das suas finalidades. Há várias classificações possíveis.

O quadro da página "Organigrama das funções do Estado (c. 1900)", nas páginas seguintes), extraído de Guimarães Pedrosa, dá-nos uma ideia de como se poderiam classificar as funções do Estado oitocentista, tal como ele era encarado nos finais do século.

Para facilitar comparações, adoptaríamos a proposta por José Murilo de Carvalho, nos seus livros sobre o Estado oitocentista brasileiro[805]: despesas económicas, sociais e administrativas. Eis a justificação deste autor: "Adoptamos a classificação das despesas por área de actuação do governo, isto é, despesas económicas, sociais, administrativas. Esta classificação não é a única possível e talvez não seja a mais adequada. Mas permite, dado o grau de desagregação em que é apresentada (ver Apêndice 2), que outras classificações sejam feitas a partir dela. Assim, por exemplo, os gastos sociais e económicos podem ser considerados de modo geral como despesas de capital, ao passo que os gastos administrativos corresponderiam a despesas de custeio, na classificação hoje mais comummente utilizada. Do mesmo modo, a classificação por capital social e gastos sociais, utilizada por James O'Connor, pode ser também adaptada. O que chamamos de despesas económicas corresponde ao investimento social em capital físico; a parte de educação que chamamos de despesas sociais é investimento social em capital humano; o que chamamos despesa administrativa,

---

[804] Sobre esta competência especializada, Cristina Nogueira da Silva, *A cidadania nos Trópicos*, cit..

[805] Agora publicados conjuntamente em *I. A construção da ordem. II. Teatro de sombras*, Rio, Editora UFRJ, 1998. Cf., sobre a questão, João Caupers, *A administração periférica do Estado. Estudo de ciência da administração*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1994, 417-422.

particularmente com Justiça e segurança, junto com a parte de bem-estar das despesas sociais, é o que O'Connor chama de gastos sociais", p. 251-252.

Baseado numa classificação diferente, mas igualmente legítima, aplicada não ao montante das despesas, mas ao número de funcionários[806], Espinha da Silveira apresenta – num estudo de síntese praticamente único – os seguintes resultados, para o período entre 1854 e 1890:

Pessoal ao Serviço do Estado, 1854 e 1890. Distribuição por Funções

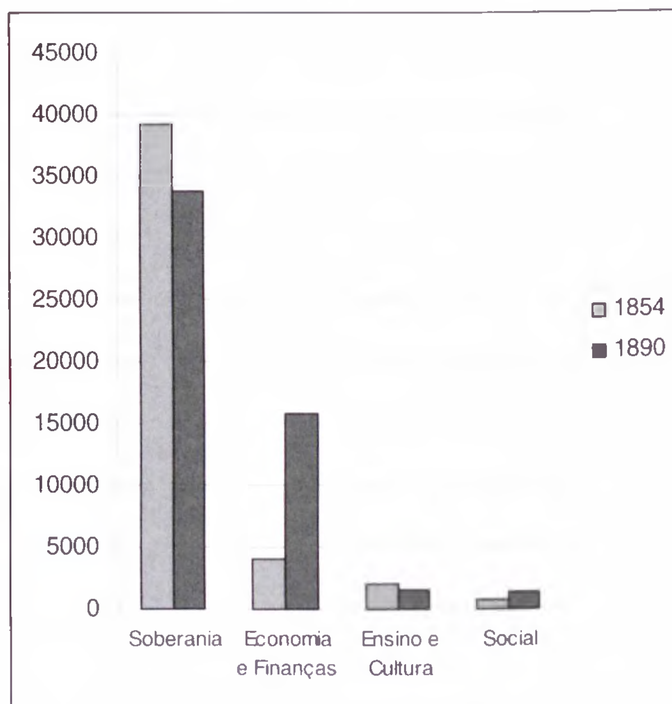
Anos	1854	1890	1854	1890
			%	%
Representação do executivo (Governos civis)	280	277	0,6%	0,5%
Administração do Ultramar (Serviços centrais)	41	40	0,1%	0,1%
Funcionamento das instituições políticas (Parlamento)	79	125	0,2%	0,2%
Administração da justiça e culto	106	121	0,2%	0,2%
Policia	1862	3362	4,0%	6,4%
Defesa	36814	29606	79,6%	56,1%
Negócios estrangeiros	91	143	0,2%	0,3%
Total da função "Soberania"	**39273**	**33674**	**84,9%**	**63,9%**
Finanças	3552	10138	7,7%	19,2%
Fomento Económico	226	2398	0,5%	4,5%
Correio	312	3293	0,7%	6,2%
Total da função "Economia e Finanças"	**4090**	**15829**	**8,8%**	**30,0%**
Ensino	1968	1514	4,3%	2,9%
Cultura	65	121	0,1%	0,2%
Total da função "Ensino e Cultura"	**2033**	**1635**	**4,4%**	**3,1%**
Saúde	517	959	1,1%	1,8%
Assistência	243	370	0,5%	0,7%
Total da função "Política Social"	**760**	**1329**	**1,6%**	**2,5%**
Sem classificação	110	271	0,2%	0,5%
Total Geral	**46266**	**52738**	**100,0%**	**100,0%**

Fonte: Luís Espinha da Silveira, "A administração do Estado", cit., 328

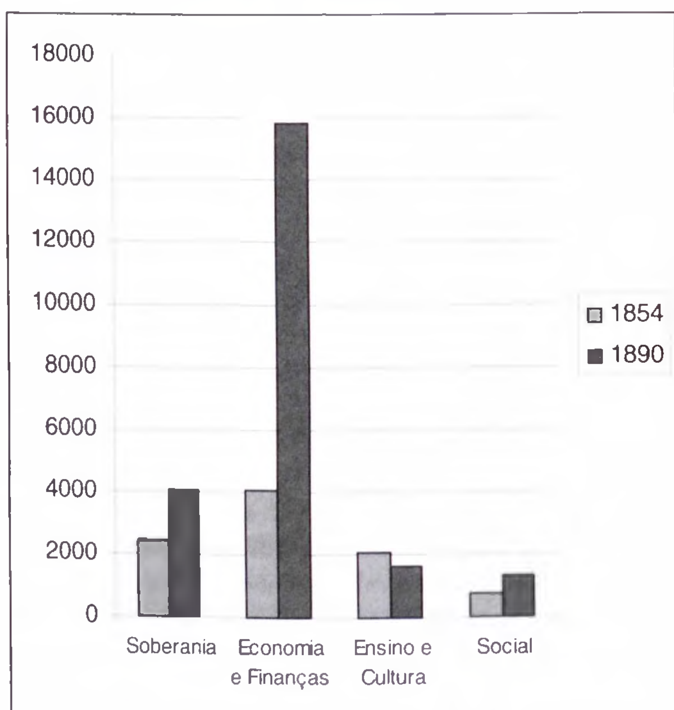
806 Note-se que passar de uma medida a outra modifica substancialmente a leitura dos resultados. Tomar como base apenas o número dos funcionários oculta despesas muito importantes – com o funcionamento, aprovisionamento, investimento, etc.

Tabela que, traduzida num gráfico, dará o seguinte:

Pessoal ao Serviço do Estado, 1854 e 1890. Distribuição por Funções



No entanto, se não contabilizarmos os efectivos militares – reduzindo, com isso, a função "Soberania" à função "Administração civil" – o gráfico muda substancialmente, mostrando mais claramente o sector onde se está a processar o crescimento do Estado.



Organigrama da actividade do Estado (c. 1990)

- Meios gerais
  - Guerra
  - Finanças
- Adm. Negócios estrangeiros
- Adm. da justiça
  - Org. judicial
  - Org. carcerária
- Administração interna (excluindo justiça)
  - Actividade jurídica
    - Organização da administração judiciária
      - Teoria dos oficiais públicos
        - Ministérios
        - Cons.º de Estado
      - Teoria das circunscrições administrativas locais
      - Teoria das relações entre os empregados e as administrações públicas
    - Polícia e expropriação por utilidade pública
    - Defesa dos cidadãos contra os actos administrativos
      - Distinção entre lei e regulamento
      - Defesa jurisdicional
      - Justiça administrativa
  - Actividade social
    - Ingerência nas relações físicas
      - População
      - Emigração
      - Saúde pública
    - Ingerência nas relações económicas
      - Sobre a produção
        - Adm. da agricultura
        - Leis sobre caça e pesca
        - Adm. florestal
        - Adm. mineira
        - Leg. industrial e operária
      - Sobre a circulação
        - Estradas ordinárias
        - Navegação
        - Caminhos-de-ferro
        - Correios e telégrafos
        - Crédito e Bancos
        - Pesos e Medidas
      - Sobre a distribuição
        - Assistência pública e obras pias
    - Ingerência nas relações intelectuais
      - Instrução primária
      - Instrução secundária
      - Instrução superior

O ideal de unidade do Estado exigia a uniformidade da organização administrativa. Apesar de, como acaba de ser dito, se ter condescendido – na *Carta*, implicitamente (art. 132), explicitamente na *Constituição de 1838* (art. 137) e no Acto Adicional de 1852 (art. 15) – com uma certa especialidade administrativa no Ultramar, a uniformização administrativa é apresentada como um objectivo estratégico, não apenas em termos de racionalização dos métodos, mas também como meio de pôr termo a particularismos. Guimarães Pedrosa põe a questão nestes característicos termos:

> "Como diz o Sr. Dr. Lopes Praça [*Estudos sobre a Carta*, III, p. 35], é de fácil intuição que existem serviços comuns a todos os ministérios respectivamente à alta administração do Estado, às matérias legislativas e à administração ordinária, e estes serviços caberiam numa lei orgânica; que em relação aos serviços especiais poderiam ser mais facilmente classificados, se os encarássemos no seu conjunto, e a sua expedição poderia ser regulada com mais prontidão, acerto e economia; que as reformas isoladas de cada secretaria, ainda nas suas especialidades, independentemente da reorganização das outras secretarias, serão inevitavelmente incompletas e imperfeitas, e *alimentarão um espírito de egoísmo e de sobranceria incompatível com o regime constitucional, criando desigualdades injustificáveis entre os funcionários de cada secretaria, e tendendo a estabelecer um isolamento perigoso e nocivo em muitos dos serviços públicos*; que é indubitável que não obstante a especialidade dos serviços a cargo de cada uma das Secretarias de Estado, os serviços de uma se ligam com os de outra secretaria por meio de um ponto de contacto, sendo de toda a conveniência o acordo na expedição desses serviços, não esquecendo que a uniformidade orgânica na sua expedição muito contribuiria para a boa e económica administração do Estado"[807].

Este foi o objectivo do D. de 25.11.1897[808] que estabeleceu uma estrutura comum a todos os ministérios (com excepção do da Guerra e do Conselho do Almirantado): secretaria-geral, direcções-gerais, repartições e secções. Ao mesmo tempo que se estabelecia um regime comum de provimento, progressão na carreira e termo de funções dos funcionários[809].

---

[807] Guimarães Pedrosa, *Sciencia da administração [...]*, 58.

[808] Ao abrigo da autorização da L. de 3.9.1897 (art. 32, n.° 6).

[809] Art.° 2.°.° Os serviços das Secretarias de Estado [...] serão distribuídos por direcções gerais e repartições, e por secções, sendo conveniente; e o pessoal superior de cada direcção geral será constituído por um director geral, chefes de repartição, primeiros oficiais, segundos oficiais e amanuenses, que receberão respectivamente os vencimentos

Dentro desta moldura geral, cada Ministério tinha a sua específica estrutura[810].

Esta homogeneização implicava também um redesenho da figura institucional do funcionário[811].

---

de 1:480$000 réis, 1:280$000 róis, 900$000 réis, 500$000 réis e 240$000 réis. Art. 3.° O pessoal menor de cada Secretaria de Estado servirá em todas as direcções gerais que a constituírem, e terá um chefe, contínuos, correios a cavalo e correios a pé, que respectivamente receberão os vencimentos de réis 500$000, 3004$000 réis e 292$000 réis, e os correios também as quantias destinadas à despesa dos cavalos, pensões e moradias, nos termos da legislação em vigor. Art. 10.° Os concursos para provimento dos lugares das Secretarias de Estado serão feitos por meio do provas escritas ou orais sobre pontos acomodados à categoria dos lugares e natureza dos serviços, que lhes pertencem. § 1.°. Os candidatos aprovados em concurso, que tiverem bom e efectivo serviço, serão despachados segundo a ordem da classificação, a qual será feita por grupos, e, sendo esta igual, por antiguidade.

[810] Cf., para detalhes, Guimarães Pedrosa, *Sciencia da administração [...]*, 61. A título de exemplo, para o Ministério do Reino:

Dir. Ger.. Administração política e civil	Administração política e segurança pública	1897-12-23 D 1899.10.04 D 1901.12.24 D 1907.08.19 D
	Administração civil	
Dir. Ger. Instrução Primária		1907.08.19 D
Dir. Ger. Instrução secundária, superior e especial		
Dir. Ger. de saúde e beneficência pública		1901.06.12
3ª Repartição da contabilidade		1881.08.31
Serviços externos	Administração territorial	
	Segurança pública (polícias municipais e distritais)	
	Escolas, liceus, Universidade, Academias de Belas Artes e Conservatórios, Bibliotecas e Arquivos	
	Guardas mores de saúde e delegados de saúde	
	Inspeção e superintendência de estabelecimentos particulares	

[811] Sobre a história do funcionalismo na Europa, nomes e títulos de referência: Hans Hattenhauer, *Geschichte des Beamtentums*, Köln 1980; Guy Thuillier, *Pour une histoire de la bureaucratie en France*, Paris, Conseil por l'histoire économique et financière de la France, 1999 (também, *Regards sur la haute administration en France*, Paris, Economica, 1979; e François Monnier et Guy Thuillier, *Vérités et fictions de la bureaucratie*,

A própria substituição da designação de "oficial" – que remetia para a ideia de um titular de direitos, embora vinculados a uma função (direitos-deveres, *officia*) – pela de "funcionário público" – que destaca a sua natureza de mero suporte, de *longa manus*, de uma função pública, logo estatal – é significativa da mudança de concepção. Assim, mesmo que não mudem os seus componentes institucionais e orgânicos, o aparelho de Estado, como um todo, muda, pois se modifica fundamentalmente a imagem das relações entre ele e os seus agentes.

Por outro lado, é o próprio sistema de legitimação dos funcionários que se transforma. Embora se debata muito qual o princípio ideal de designação dos empregados do Estado, o princípio da eleição – que decorria da ideia de uma legitimação de funcionários a partir de baixo, gerando uma correspondente responsabilidade em relação à base – é geralmente preterido pelo princípio da nomeação – exprimindo uma legitimação a partir de cima, por delegação de poderes dos órgãos de soberania[812].

Por outro lado, é posto em marcha um processo de estandardização de processos[813], de atitude, de vestuário (as "mangas de alpaca", o "guarda pó", a "farda")[814] e mesmo de linguagem[815].

Parece importante realçar que esta modificação da imagem das relações orgânicas dos componentes do aparelho de Estado se tornou frequentemente produtiva de efeitos políticos e institucionais, independentemente

---

Paris, Fayard, 2003; Guido Melis, *Uomini e scrivanie. Personaggi e luoghi della pubblica amministrazone*, Roma, Editori Riuniti, 2000; *Storia dell'Amministrazione italiana 1861-1993*, Il Mulino, Bologna, 1996 (2ª ed. modific. 1999); Angelo Varni e Guido Melis (a cura di), *Le fatiche di Monsù Travet. Per una storia del lavoro pubblico in Italia*, Torino, Rosenberg & Sellier, 1997; Guido Melis & Stefano Sepe, "La burocrazia e la storia d'Italia. Un tentativo di insegnare storia ai futuri dirigenti dello Stato", *Le carte e la storie*, III.2, 1997, p. 63 ss. (síntese informativa); Guido Melis, *La burocrazia*, Bologna, Il Mulino, "Farsi un'idea", 1998, pp. 109; Guido Melis, "Introduzione: La formazione e il reclutamento dei funzionari tra Otto e Novecento", in Angelo Varni & Guido Melis (a cura di), *Burocrazia a scuola. Per una storia della formazione del personale pubblico n ell'Otto-Novecento*, Torino, Rosenberg & Sellier, 2000, pp. 7-29.

812 Sobre o regime dos ofícios públicos, v. António dos Santos Pereira Jardim, *Princípios de finanças*, Coimbra, 1873, 64 ss., (história e discussão e dos sistemas de provimento e de hierarquia).

813 Cf. L. Mannori & B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit..

814 Cf. a recolha iconográfica de Melis, 2000. Um trabalho com o mesmo espírito está a ser levado a cabo, para Portugal, por Joana Estorninho, UAL.

815 Cf. Guido Melis, & Giovanna Tosatti, "Il linguaggio della burocrazia italiana tra Otto e Novecento", cit.

de uma detalhada recepção legislativa. Também aqui, o novo imaginário jurídico, uma vez enraizado na doutrina, produz efeitos imediatos, tanto mais facilmente quanto, com a Revolução, a perda de legitimidade do direito legislado autoriza a doutrina – neste caso, a doutrina administrativa, que incorpora este novo imaginário –, a substituir-se a ele (na esteira, de resto, de um crédito genérico que lhe fora aberto pela *Lei da Boa Razão*).

O sector onde esta mudança é menos nítida é, apesar de tudo, o da administração judiciária, que era aquele em que a ideia de independência jurisdicional era mais vincada, no Antigo Regime. Pois, aqui, entraram em conflito duas orientações contraditórias: a primeira, dominante no século XVIII, na esteira de Montesquieu, no sentido de reduzir a autonomia dos juízes, vinculando-os à lei e, mesmo, ao executivo; a segunda, típica do liberalismo, no sentido de desvincular o poder judicial de qualquer obediência ao executivo[816]. Mas, embora as constituições continuem a garantir a independência do poder judicial e os juízes-juristas continuem a bater-se pela autonomia corporativa da magistratura, os juízes perdem muito da sua autonomia ao transformarem-se em funcionários de carreira (e não electivos, como o eram esmagadoramente, no Antigo Regime), aplicadores das leis[817], produtores de uma linguagem neutra estandardizada[818] progressivamente integrados numa estrutura funcional hierárquica, sobretudo depois das Reformas Judiciárias de 1832, 1837 e 1841[819].

11.4.8.3.5. **O modelo burocrático.**

O movimento de redução institucional do pluralismo constituiu um processo paralelo ao de progressivo desenvolvimento de mecanismos institucionais de controlo político do governo. Na origem de um e outro está, decerto, a hegemonia progressiva do discurso «estadualista», a que nos referimos nos números anteriores. Mas, para além desta lógica que releva do discurso ou do imaginário político, existe uma outra que se desenvolve no plano político-institucional.

---

[816] Cf. Praça, *Estudos sobre a Carta*, 1878, III, pp. 307 e segs..

[817] Cf. Luís Eloy Azevedo, *Magistratura portuguesa retrato de uma mentalidade colectiva*, Lisboa, Cosmos, 2001.

[818] Cf. Giuseppe Barbagallo, & Mário Missori., "Il linguaggio delle sentenze", cit..

[819] Sobre as relações entre a magistratura e o executivo v., caps. 8.6.2, 8.7.4, 11.4.8.4; na prática, para os finais do século, cap. 13.

Em textos anteriores[820] descrevemos esta lógica como uma contínua assunção pela coroa de funções que, até aí, eram desempenhadas por centros políticos periféricos (embora a causa deste processo não pareça poder reduzir-se, ao contrário do que então sugeríamos, a um processo de cobrança centralizada da renda feudal).

Como então dizíamos, a concentração das tarefas sociais vai causar uma progressiva intumescência do poder central e uma contínua expropriação do poder dos corpos políticos periféricos.

O poder político formal é cada vez mais um monopólio do poder central; para ele passam progressivamente as funções de criação do direito (identificação do direito com a lei), as funções jurisdicionais (extensão das magistraturas régias e abolição das justiças senhoriais), as funções militares (criação dos exércitos nacionais e abolição das milícias feudais ou concelhias), as funções fiscais (alargamento da fiscalidade estadual, coexistindo embora com a fiscalidade senhorial até à primeira metade do século XIX), as funções de polícia (substituição da regulamentação económica, edilícia e sanitária dos corpos políticos periféricos pela regulamentação de polícia do absolutismo iluminista)[821].

Interessa realçar que este processo de crescimento institucional do poder central deu lugar a uma espiral da qual este saía sucessivamente potenciado.

A concentração dos poderes no Estado e a consequente redução do peso dos corpos políticos periféricos constitui, portanto, um traço estrutural do Estado oitocentista.

Porém, não é menos característico o facto de, do ponto de vista da estrutura interna do Estado, esta concentração de atribuições se produzir na área estadual dependente do poder executivo. Com isto, o processo de concertação política não apenas beneficiava o Estado, mas, para além disso, reforçava o peso do governo. Na verdade, a criação de quaisquer mecanismos de distribuição de vantagens e, consequentemente, de comprar fidelidades e obediências podem ser considerados como investimentos políticos do Estado. Com a Revolução, encerram-se alguns destes espaços em que a coroa podia figurar como distribuidora de benesses – os bens da coroa, as comendas das ordens, e a titulação, eis alguns dos

[820] A. M. Hespanha, "O Estado absoluto. Problemas de interpretação histórica", em *Estudos de homenagem ao Prof. J.J. Teixeira Ribeiro*, Coimbra, 1978; "O projecto institucional do tradicionalismo reformista", cit..

[821] Cf., *supra*, II.4.8.3.4.

mecanismos de retribuição que desaparecem (o último não completamente, embora se reestruture[822]). Em contrapartida, abrem-se espaços novos, bem conhecidos dos frequentadores da literatura de costumes do século passado.

Um deles – talvez o mais importante – é a gestão do corpo do oficialato político e público, o qual foi continuamente crescendo[823].

Um deles é o espaço parlamentar (ou, mais em geral, o lugar de "político"). Sem que se queira reduzir brutalmente a política a um mecanismo de distribuição de interesses, ela também o foi.

O regime parlamentar cria, em primeiro lugar, uma reserva de lugares parlamentares, cujo preenchimento está mais ou menos assegurado aos detentores do poder ministerial, já que os governos «fazem» geralmente as eleições e que parte da Câmara dos Pares é de indicação governamental[824]. Estes lugares, bem como os de secretário de Estado e de conselheiro de Estado[825], eram recompensa apetecida, não apenas pelos seus vencimentos,

---

[822] Um princípio de estudo da atribuição de títulos no liberalismo encontra-se em Nuno Monteiro, *Elites e poder [...]*, cit., 159 ss..

[823] Sobre este ponto, com os únicos dados actualmente disponíveis, José Manuel Subtil, "Modernidade e arcaísmo do Estado de Quinhentos", cit.; Pedro Tavares de Almeida, *A Construção do Estado Liberal. Elite Política e Burocracia na Regeneração (1851-1890)*, cit..

[824] Cf., adiante, cap. 13, os dados estatísticos referentes à nomeação de pares. Em 1884 (*ibid*, I, 315), 64% dos pares eram-no por nomeação.

[825] Cf. Praça, *Estudos [...]*, 1879, II, p. 173. Segundo Clemente José dos Santos, *Estatísticas [...]*, cit., I, 440, era o seguinte o número de ministros nomeados, entre 1830 e 1834:

Cargo	N.º	Média de dias de governo
Presidentes do Conselho	48	411
Reino	94	210
Guerra	87	227
Fazenda	82	240
Marinha	96	205
Justiça	109	181
Estrangeiros	99	199
Obras públicas (*ab* 1852)	41	187
Instrução pública (1870; 1890-2)	4	228
Total	660	

Uma estatística cronologicamente mais abrangente pode ser feita com base em Manuel Pintos dos Santos, *Monarquia constitucional [...]*, cit., 32 ss..

mas pelas possibilidades sociais, económicas e políticas que abriam[826-827]. Abaixo destes, ainda havia as magistraturas locais, nomeadas ou de eleição manipulável.

No entanto, o dispositivo que atribui às cúpulas do aparelho de Estado mecanismos mais efectivos de controlo social não coercitivo é a função pública.

Em 1854, o Estado empregava cerca de doze mil pessoas, distribuídas da seguinte forma entre os diversos ramos da administração pública[828]:

Serviços	%
Junta do Crédito Público	0.5
Encargos Gerais	2
Secretaria de Estado da Fazenda	25
(Alfândegas)	14
Secretaria de Estado do Reino	21
(Instrução pública)	17
Secretaria de Estado dos Negócios Eclesiásticos e Justiça	5
(Tribunais e procuradoria)	4
Secretaria de Estado da Guerra	32
(Veteranos e reservistas)	11
Secretaria de Estado da Marinha	8
Secretaria de Estado dos Estrangeiros	1
Secretaria de Estado das Obras Públicas	5

[826] Vencimentos dos deputados e discussão sobre o seu montante: Lopes Praça, *Estudos [...]*, 1879, I, p. 226 – cerca de 1 350$000/ano em 1826, reduzindo-se depois; em 1886 (D.29.7), o subsídio mensal é fixado em 100$000 réis; v. Ismael Gracias, *Carta constitucional [...]*, 12.; Clemente José dos Santos, *Estatísticas [...]*, I, 496 ss., onde se poderá encontrar uma tabela das despesas com o parlamento, entre 1826 e 1884; Henrique Baptista, *Eleições e parlamentos [...]*, cit., 48 ss.. Não me refiro, evidentemente, a estas somas quando saliento a possibilidade de distribuir favores por meio da distribuição dos cargos políticos. A tabela antes referido nem sequer permite medir eficazmente a renda em dinheiro distribuída aos deputados, pois os montantes anuais, além de dependerem do número de deputados, dependiam também da duração das sessões das cortes.

[827] Lista completa dos titulares de pastas ministeriais, por governo, em Manuel Pinto dos Santos, *Monarquia constitucional [...]*, cit., 32 ss.. Sobre a sempre discutidíssima questão das incompatibilidades, Guimarães Pedrosa, *Sciencia da administração [...]*, 40 (com referência à L. 7.8.1890.

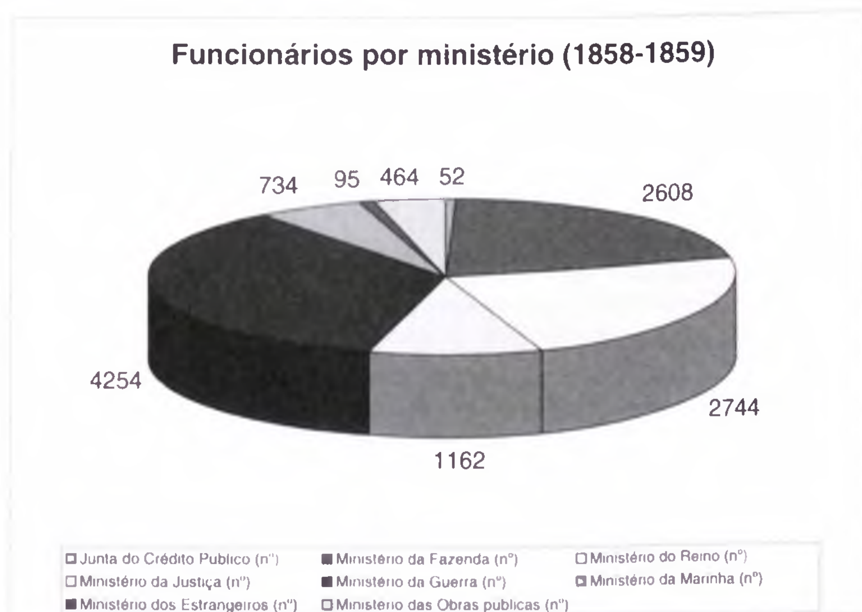
[828] *Relação [...] contendo com referência ao pessoal existente no dia 31 do dito mez [Agosto de 1854] e ao orçamento para 1855-1856 [...]*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1855. Existe par mais alguns anos.

A evolução dos quantitativos fala ainda mais eloquentemente.

Embora não existam fontes tão cómodas como a citada para 1852, o estudo da evolução do número dos funcionários públicos é realizável a partir dos orçamentos do Estado.

A empregos «novos», inseridos nos serviços públicos centrais criados depois da Revolução, correspondem cerca de três mil lugares (25%). Mas, dentro de cada serviço, os empregos cresceram também muito. É o que se passa na Secretaria de Estado da Fazenda, cujo empolamento desmentiria o «liberalismo» da política económica, se não fosse antes o sinal da função política desta multiplicação dos empregos públicos. O caso da Secretaria de Estado da Guerra também é bem significativo deste fenómeno – 33 % dos seus efectivos correspondem a reservistas, aposentados e veteranos. Ou seja: muitos destes empregos não visam a satisfação de quaisquer necessidades sociais, sendo antes benesses atribuídas para garantir fidelidades políticas. São, enfim, formas doces de domínio.

Uma "Tabela dos vencimentos das classes activas no orçamento para 1858-1859 [para efeito da aplicação das deduções previstas no projecto de lei de 5.11.1857]", inserida no orçamento geral do Estado de 1858-1859, permite esclarecer um pouco mais – enquanto não surgem estudos mais detalhados – a estrutura do funcionalismo. No total, registavam-se 12 113 funcionários, assim distribuídos:

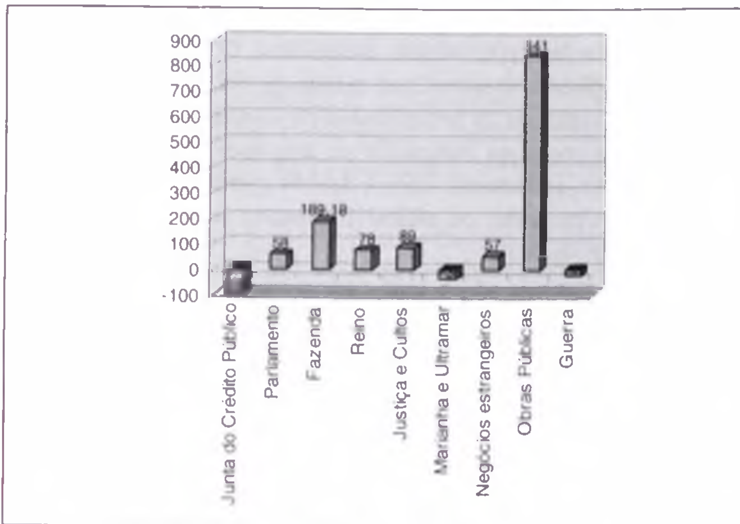


Para confronto, comparemos com a situação de 1854:

Vencimentos (limite superior, em 1000 rs.)	Junta do Credito Publico (nº)	Soma (em 1000 rs.)	Ministerio da Fazenda (nº)	Soma (em 1000 rs.)	Ministerio do Reino (nº)	Soma (em 1000 rs.)	Ministerio da Justiça (nº)	Soma (em 1000 rs.)	Ministerio da Guerra (nº)	Soma (em 1000 rs.)	Ministerio da Marinha (nº)	Soma (em 1000 rs.)	Ministerio dos Estrangeiros (nº)	Soma (em 1000 rs.)	Ministerio das Obras publicas (nº)	Soma (em 1000 rs.)	**Soma Pessoal**	Soma despesa	Media (em reis)
100	0	0	876	68320	1558	139107	373	15645	67	4636	105	8120	4	73	77	5984	**3060**	241885	79
120	0	0	261	27692	50	6024	23	2577	500	59958	33	3804	3	360	14	1673	**884**	102088	115
200	13	2496	748	127432	395	74515	201	34784	535	88311	181	30576	10	1432	91	15628	**2174**	375174	173
240	0	0	112	26452	80	18770	63	14831	900	213921	67	15876	4	960	41	9771	**1267**	300581	237
300	12	3520	177	51399	166	48247	143	42370	1151	311954	167	46448	7	2076	69	20462	**1892**	526476	278
360	0	0	72	24573	109	37942	11	7413	122	43828	3	1040	0	0	38	13729	**355**	128525	362
400	0	0	44	17473	141	56162	186	74352	26	10316	34	13600	13	5200	64	25466	**508**	202569	399
480	8	3796	17	7866	18	7965	3	1372	448	206776	36	16656	0	0	11	5030	**541**	249461	461
500	1	500	46	23000	44	22600	9	4500	2	1000	3	1500	3	1500	18	9000	**126**	63600	505
600	9	5400	58	33419	43	25700	19	21579	252	140560	64	36192	18	10800	22	10799	**485**	284449	586
800	6	4596	50	37300	84	63107	30	22767	150	101916	23	16124	13	10400	13	9400	**369**	265610	720
1000	0	0	7	6567	29	28167	61	61000	60	53673	8	7532	0	0	2	1960	**167**	158899	951
2000	2	2247	138	54916	26	40400	23	33000	35	47373	9	14080	8	10400	3	3600	**244**	206016	844
Mais de 2000	1	2182	2	3980	1	3200	17	47600	6	19733	1	3200	12	52000	1	3200	**41**	135095	3295
Soma	**52**	**24737**	**2608**	**510389**	**2744**	**571906**	**1162**	**383790**	**4254**	**1303955**	**734**	**214748**	**95**	**95201**	**464**	**135702**	**12113**	**3240428**	**268**
Medias		476		196		208		330		307		293		1002		292		268	

Segundo Luís Espinha da Silveira, o crescimento de funcionalismo foi constante, embora sectorialmente assimétrico, entre os meados e os fins do século[829]. No total, ter-se-á verificado uma taxa de crescimento de c. 14%; mas se, como me parece mais pertinente para o presente argumento, se excluírem os ministérios militares, a taxa de crescimento é de quase duas vezes e meia (c. de 9400 para c. 23000 funcionários). Ou seja, não muito moderada, como pareceria, mas explosiva[830].

Variação percentual dos funcionários, por ministérios, entre 1854 e 1890



Fonte: Luís Espinha da Silveira, "A administração do Estado em Portugal no século XIX", em *Los 98 Ibéricos [...]*, cit., 324

[829] Luís Espinha da Silveira, "A administração do Estado em Portugal no século XIX", em *Los 98 Ibericos y el mar [...]*, cit., 324. Uma vez que os valores absolutos foram estabelecidos a partir de critérios de contagem diferentes dos utilizados no último quadro, preferimos registar aqui apenas as taxas de crescimento sectorial. Nos números do Ministério da Justiça incluímos o dos membros do clero, juízes e procuradores da coroa. No Ministério da Guerra estão aparentemente incluídos os próprios efectivos militares.

[830] Os dados para a primeira metade do século são escassos. José Subtil estima o número de funcionários, em 2869 (J. Subtil, "Governo e administração", em J. Mattoso, *História de Portugal [...]*, cit. vol. IV, p. 192; os dados contidos em Marino Miguel Fran-zini, *Ensaio sobre o o orçamento da dívida pública, receita, e despeza do thesouro do reino de Portugal no anno de 1826 [...]*, Lisboa, Imprensa Régia, 1827 são incompletos e

Além destes, o Estado pagava as chamadas "classes inactivas" (frades e freiras dos conventos extintos, militares fora do activo, empregados civis das repartições encerradas em 1832-1833). Na contagem do mesmo autor, feita para 1849, um conjunto de mais 8515 beneficiários do orçamento governamental. Se considerarmos que aos c. de 3,5 milhões de habitantes recenseados em 1854[831] correspondiam c. de 900 000 famílias, uma em cada dez, aproximadamente, dependia do Estado.

O modo como a multiplicação dos funcionários reforça os governos é destacado, em 1880, por António Cândido[832]:

> "A regeneração quando subiu ao poder em 1871 [... foi ...] renovando o pessoal das secretarias, promovendo reformas, criando lugares, determinando aposentações, concedendo benefícios. O partido progressista entrando para o poder encontrou este estado de coisas que devia respeitar, e respeitaria do certo, se os beneficiados da regeneração cumprissem o seu dever, que era completa abstenção no acto eleitoral. Este dever foi-lhes recomendado expressamente com a devida cominação de penas. Como o dever não foi cumprido, os efeitos fizeram-se sentir. Nada mais natural; nada mais justo" (p. 31).

O mecanismo está bem descrito. O fundo de postos burocráticos era utilizado pelos governos para distribuir benesses e para suscitar o empenhamento partidário dos beneficiados. O crescimento dos efectivos burocráticos potenciava ainda a importância política desta troca. A leitura do trecho seguinte completa o quadro:

> "Eu sei – continua António Cândido – que o móbil dos actos punidos nos empregados públicos *foi* um sentimento que honra a natureza humana, um sentimento que eu elogio e venero sempre que a sua manifestação não lesa os direitos do Estado ou interesses do terceiro. Refiro-me ao sentimento de gratidão que animava os empregados públicos para com o partido regenerador, a quem deviam, pela maior parte, a sua colocação ou melhoria do estado, porque oito anos renovam e alteram todos os quadros, dão lugar a muitas promoções, o são espaço de sobra para colocar amigos e afilhados

---

baseados em critérios pouco claros; mas, feitas algumas extrapolações arriscadas, apontariam par c. de 2900 funcionários civis. O que, de certo modo, é coerente com os números de José Subtil. Se assim fosse, nos c. de trinta anos anteriores a 1854, o funcionalismo civil teria quase quadriplicado.

[831] Cf. Luís Espinha da Silveira, "A administração [...]", 326 n. 22.

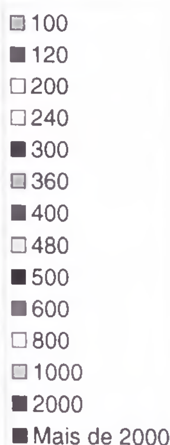
[832] António Cândido Ribeiro da Costa, *Discurso proferido na Câmara dos Senhores Deputados nas sessões de 17 e 18 de Fevereiro de 1880*, Lisboa, 1880.

nas posições oficiais do país [...]. Ou seja, como a gratidão era um sentimento louvável e natural, natural sendo também que os funcionários fossem politicamente fiéis, não ao Estado, mas aos governos que os colocavam ou beneficiavam, em termos tais que a continuidade dos empregados públicos por sobre a variação das situações políticas seria sinal de falta de sentido dos deveres morais. Queria a oposição que se conservassem os empregados de confiança que tinham servido com a situação transacta, que serviam com a actual e que, por uma coerência que debaixo de certo ponto de vista é louvável, serviriam ainda com outras situações? [...] A confiança política não ficava sendo mais do que uma máscara de cor variável que se afivelava e compunha a jeito da ocasião! Acabavam assim uns restos, que ainda há, de pudor cívico e de honra pública!..." (p. 34).

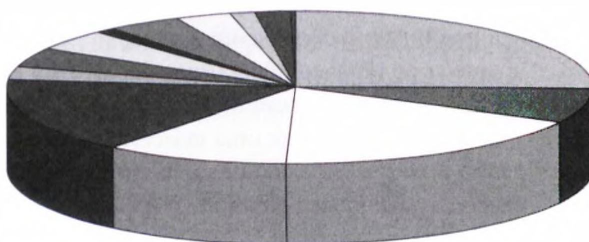
A eficácia hierarquizadora e disciplinadora deste mecanismo de dominação seria tanto mais eficaz quanto melhor remuneradas fossem as classes superiores e quanto mais precária e dependente fosse a dos inferiores.

Quanto ao primeiro aspecto, não se dispõe de estudos concludentes. Em todo o caso, a classificação por níveis de vencimento está facilitada para alguns anos. De facto, para apurar os montantes das reduções aos vencimentos de funcionários estabelecidos em certos anos económicos, a partir dos finais da década de 50, os estudos preparatórios dos orçamentos incluem por vezes tabelas com o número de funcionários por níveis salariais e por ministério (v. tabela seguinte, correspondente ao já referido ano financeiro de 1858-1859). Embora tais dados não existam senão para apenas poucos anos, podem contribuir para dar uma ideia da massa de empregos proporcionados pelo Estado. Os gráficos e tabelas conjuntas adiantam alguma coisa sobre o tema. Por aí se vê que c. de – dos funcionários auferiam pequenos vencimentos, inferiores a 300 000 rs. por ano[833]; que, fora o Ministério dos Negócios Estrangeiros, o Ministério com médias salariais mais altas era o da Fazenda, seguido à distância pelos da Justiça e Cultos e os ministérios militares, enquanto que o Ministério do Reino era o que, em média, mais mal pagava. Que era na Justiça e nos Estrangeiros que se encontrava um maior número de lugares altamente remunerados (mais de 2 contos por ano), etc..

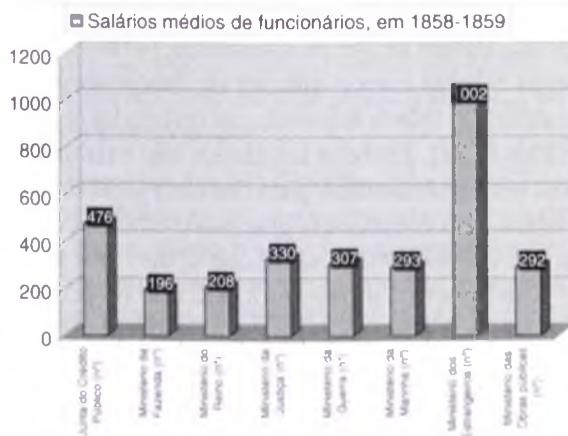
[833] Por esta altura, um artífice, lembremos, ganharia c. de 50 000 rs. por ano. Cf. nota 1064.



Funcionários por níveis salariais (1858-1859)



Salários médios anuais (em milhares de reis) dos funcionários, por ministérios (1858-1859)



Quanto ao carácter dependente e precário das classes médias e inferiores do funcionalismo, basta ler as páginas dedicadas ao tema por Trindade Coelho[834] – estes funcionários seriam mal pagos, crivados de deduções (que atingiam, em média, 40% dos proventos), apenas podendo

[834] Trindade Coelho, *Manual político [...]*, pp. 554 e segs.

sobreviver com base em benesses distribuídas superiormente (comissões, gratificações, horas extraordinárias, «serões» e abonos vários). Os próprios funcionários administrativos superiores (directores-gerais e chefes de repartição) estariam dependentes, pelos mesmos mecanismos, dos titulares das pastas (*ibid.*). Para além de que o ingresso e progresso na carreira se faziam, em geral, por mecanismos de escolha, garantindo novas fidelidades[835].

O funcionário nem sequer estava garantido contra um despedimento arbitrário ou «punitivo», pois se entendia que o funcionário não tinha direito ao lugar, podendo ser despedido por necessidades do serviço. Em 1868, Pereira Jardim ensina aos seus discípulos que

> "Para se obter a melhor execução da lei, é necessário que os executores dela sejam responsáveis pelos seus actos: as garantias da sociedade e do individuo dependem mais da fiel execução da lei, do que da sua bondade absoluta. A boa execução da lei depende igualmente da competência, saber, zelo e honradez dos seus executores; e para que estes requisitos sejam uma realidade é indispensável que o ministro possa livremente escolher os subalternos, e demiti-los sem prévio julgamento; para que o chefe de cada ramo da administração seja responsável é necessário que ele possa tornar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados" (António Pereira Jardim, *Princípios de finanças [...]*, Coimbra, 1873).

Já nos finais do século, Guimarães Pedrosa discute longamente as várias doutrinas sobre o direito aos cargos – desde as contratualistas, que consideravam o ofício público como um emprego, com garantias recíprocas (R. v. Stein)[836] às que o consideravam como uma função estadual, totalmente subordinada ao interesse público (M. Hauriou), eventualmente temperado pela equidade (V. E. Orlando), concluindo:

> "Cremos poder resumir o assunto, distinguindo entre funcionários electivos e funcionários não electivos. Quanto aos funcionários electivos, eles, como já fica dito, revestindo as condições que a lei exige, têm direito ao exercício da função. Os funcionários não electivos têm somente um interesse legitimo à manutenção no ofício; podendo portanto ser dispensados, desde que o interesse público o determine, mas não por mero arbítrio. Aquele interesse legítimo poderá fazer-se valer nos termos das disposições

[835] Guimarães Pedrosa, *Sciencia da administração [...]*, pp. 251 e segs.; Trindade Coelho, *Manual político [...]*, pp. 562 e segs.)

[836] Para os funcionários, basicamente, direito ao cargo e direito ao salário.

legais (3), poderá mesmo suscitar em determinados casos qualquer indemnização, mas de modo algum impor a permanência do ofício e a manutenção do funcionário no cargo. Os próprios ofícios electivos estão sujeitos à supressão, a qual, se se der, arrastará a destituição dos respectivos funcionários"[837].

Por outro lado, o dever de obediência era construído pela doutrina de forma bastante estrita. Em princípio, o funcionário só estava isento do dever de obediência quanto a ordens dadas sem a forma devida e em matéria manifestamente alheia à jurisdição e competência do superior. Postas de parte estas ordens grosseiramente ilegítimas, do ponto de vista formal, o funcionário não podia negar a obediência, nomeadamente por razões substanciais (*i.e.*, relativas à justiça ou oportunidade do acto)[838].

Uma carreira bem sucedida era, assim, o resultado de submissões continuadas. As garantias contra a discriminação religiosa e política (que a doutrina dos finais do século admite como assentes)[839] não passavam, nestes termos, de votos pios.

11.4.8.3.6. **O modelo financeiro do Estado**

A concentração dos poderes no Estado e a redução do peso dos corpos políticos periféricos fazia com que a despesa pública aumentasse. O aperto financeiro daqui decorrente provocava – num período em que, por outro lado, coexistiam outros factores de crise do tesouro – uma necessidade de aperfeiçoar os mecanismos de controlo interior, tendentes a multiplicar as receitas internas e, com isto, a atribuir à parte metropolitana do reino um papel fundamental no financiamento das despesas da coroa, papel que ela deixara de ter desde os meados do século XVI.

A crise financeira da segunda metade do século XVIII é, assim, pelo menos em boa parte, uma crise estrutural, correlativa a um crescimento do «centro» político. As suas consequências são profundas e diversas. Uma delas é o estabelecimento de um novo modelo económico-financeiro que

[837] Guimarães Pedrosa, *Sciencia da administração [...]*, cit., 300.

[838] Cf. Guimarães Pedrosa, *sciencia da administração [...]*, 283, 328. O Código penal (de 1852) eximia de responsabilidade o funcionário que cumprisse "ordens dadas na forma legal e em matéria da sua competência" (art. 298), com o fundamento implícito de que ele era obrigado a obedecer.

[839] V.g., Guimarães Pedrosa, *Sciencia da administração [...]*, 249 ss..

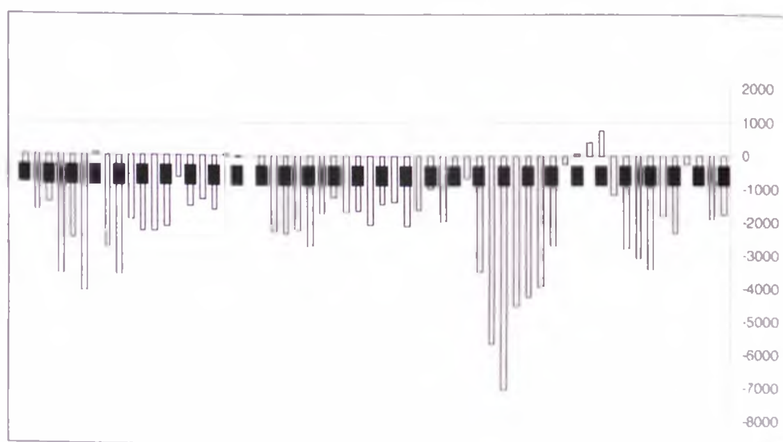
passava pela subversão da matriz de apropriação fiscal, sobretudo agrária (abolição da fiscalidade senhorial e sua substituição pela fiscalidade estadual – *maxime*, redução ou abolição dos tributos senhoriais sobre a terra). Outra delas, a que agora mais nos interessa, é o desencadear de um ciclo estrutural de crescimento no plano político-administrativo. Pois o aumento das receitas internas da metrópole supunha o desenvolvimento e racionalização dos mecanismos de controlo sobre o interior deste e, com isto, o desmantelamento dos poderes periféricos (e das correspondentes reservas jurisdicionais) e a sua substituição pelos mecanismos políticos da coroa.

A centralidade das questões financeiras mantém-se durante o séc. XIX. O Estado português oitocentista foi, do ponto de vista financeiro, uma sucessão contínua de défices orçamentais. Primeiro, em virtude das guerras e da instabilidade político-militar (que não apenas geravam despesas, como prejudicavam muito fortemente a cobrança das receitas), de uma caótica organização administrativa e de uma enorme e distorcida punção fiscal[840]. Depois, resolvidos alguns problemas administrativos e ganha alguma eficiência fiscal, o décifit explica-se por uma política de "melho-

[840] Muito interessante (embora porventura optimista) é o diagnóstico conclusivo de Miguel Franzini, em 1827: ""Este deficit de seis milhões de cruzados, que é necessário cobrir com um empréstimo, constitui o verdadeiro embaraço do Governo. As reformas violentas no pessoal dos Empregados públicos, além de contrariar tais generosos sentimentos do Monarca Legislador, e os da Princesa Augusta, e Benéfica, que tão dignamente o representa, seriam cruéis, e insuficientes. Parece pois que só devemos esperar avultadas economias na reforma dos Estabelecimentos, e não na das Pessoas, como já várias vezes fizemos notar. Uma considerável diminuição na despesa só pode ser efeito do tempo, que, obrando sem interrupção, reduzirá insensivelmente ao nível da exigência do Serviço o número dos Empregados existentes. Resta pois um Déficit anual a preencher; porém devemos esperar que diminuirá progressivamente à sombra das novas instituições, as quais hão-de restabelecer o Crédito Público, e promover o desenvolvimento da Agricultura, e Comércio interior, e exterior, mui principalmente o do Brasil. Destes melhoramentos devem provir avultados acréscimos na Receita dos Impostos, não só pela maior prosperidade da Nação, mas também pelo aperfeiçoamento do sistema de arrecadação das Alfândegas, e cobrança da Décima, actualmente distribuída com a maior desigualdade entre os grandes, e pequenos Proprietários. Os primeiros quase nada pagam, e os segundos são exactamente colectados. Os abusos existentes na maior parte das Alfândegas do Reino, e ali arreigados desde remotas épocas, desaparecerão. Os numerosos, e grandes devedores da Real Fazenda serão constrangidos a fornecer moderadas consignações, que, não perturbando suas fortunas, contribuirão não obstante a engrossar a Receita com avultadas quantias". Marino Miguel Franzini, *Ensaio sobre o o orçamento da dívida pública, receita, e despeza do thesouro do reino de Portugal no anno de 1826 [...]*, Lisboa, Imprensa Régia, 1827, 20.

ramentos materiais" fortemente individadora (ela mesma justificada, também, pela necessidade fiscal de aumentar a riqueza tributável)[841]. Crises económicas pontuais, provocadas ou pela diminuição das remessas dos imigrantes, ou por crises agrícolas internas, levaram, em certos períodos (1868, 1891), o Estado à beira da bancarrota.

Resultados orçamentais (1821-1886)



Ano	Resultados (em contos)
1821	-812
1822	-1667
1823	-1423
1826	-3575
1827	-2471
1828	-4117
1834	64
1835	-2774
1836	-3584
1837	-1923
1838	-2275
1839	-2275

Ano	Resultados (em contos)
1840	-2139
1841	-656
1842	-1518
1843	-1317
1844	-1607
1845	39
1846	-36
1847	- [842]
1848	-277
1849	-2262
1850	-2331
1851	-2244

[841] Cf. Eugénia Mata, "A Campanha das Obras Públicas de Portugal", Universidade Nova de Lisboa, Faculdade de Economia, June 1992, Working Paper n.º 186, em publicação em *State, Economy, and Society in Western Europe, 1815-1975. A Data Handbook in two Volumes*.

[842] Por causa da guerra, não houve aprovação do orçamento

1852	-2714
1853	-1721
1854	-1258
1855	-1696
1856	-1645
1857	-2057
1858	-1455
1859	-1365
1860	-2100
1861	-1607
1862	-976
1863	-1963
1864	-648
1865	-642
1866	-3495
1867	-5670
1868[843]	-7049
1870	-4234

1869	-4519
1871	-3921
1872	-2676
1873	-258
1874	71
1875	420
1876	742
1877	-1156
1878	-2804
1879	-3083
1880	-3425
1881	-1794
1882	-2308
1883	-250
1884	-772
1885	-1887
1886	-1746

Marnoco e Sousa, nos inícios do séc. XX, faz a seguinte análise retrospectiva:

"Poderíamos pôr do parte as despesas públicas até 1852 porque esse período foi cheio de lutas e dissenções; foi um período bastante anormal. Todavia fazemos a descrição das nossas despesas públicas desde 1838 até à actualidade, e isto por anos económicos, como se vê no quadro antecedente.

Na verdade as despesas públicas começam a aumentar entre nós sobre tudo a partir de 1852. Unicamente se manifestou uma tendência para a diminuição de 1892 a 1895, devido aos esforços de José Dias Ferreira para equilibrar o orçamento em seguida à crise de 91. As despesas chegam então a baixar a 46.462 mil escudos no ano de 1893-94. Isto parecia um início duma nova era financeira, mas em breve as coisas continuaram no antigo rumo.

Há um outro período em que as despesas públicas diminuem. É de 1836 a 1840 em seguida a revolução setembrista, com a ditadura de Passos Manuel, que pretende realizar também o equilíbrio orçamental. De modo que durante o período liberal as despesas públicas aumentaram extraordinariamente"[844].

[843] Anos de crise financeira – 1868-1871

[844] Marnoco e Sousa, *Lições de economia política*, cit., 83.

Este tema do cômputo global das receitas e das despesas do Estado e sua evolução será objectivo de futuro estudo[845]. Porém, neste momento, não nos interessa apenas a questão da suficiência ou não das receitas públicas para satisfazer as respectivas despesas, bem como a das curvas de evolução de umas e outras[846]. Interessa-nos, sobretudo, uma leitura política tanto das receitas como das despesas; tal como nos interessa explorar outros aspectos *políticos* da organização financeira do Estado.

Desde logo, a *centralidade política* do próprio orçamento, cuja aprovação devia ser, em todos os regimes liberais típicos, uma das atribuições centrais dos parlamentos.

Originariamente, esta centralidade do orçamento resultava da própria história das revoluções constitucionalistas que, quer na América, quer em França, foram desencadeadas por reacções anti-fiscais. A isto acrescia o facto de, sendo a tributação uma ofensa à propriedade e sendo esta última um valor constitucional cardinal do regime, só o parlamento estar autorizado a limitá-la, mesmo por via fiscal. Pereira Jardim sintetiza esta relação entre liberdade, propriedade, imposto e orçamento da seguinte forma:

> "A nossa *Carta* conforma-se com esta doutrina: do § 1.° do art. 145, onde se acha consignada a fórmula que torna positiva a lei natural da liberdade, ordenando que nenhum cidadão possa ser obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei deduz-se que só por lei se podem fixar as despesas públicas, visto que essa fixação importa a criação e pagamento de impostos: o mesmo se colige do § 21 do referido artigo, em quanto que por ele é garantida a propriedade, e acha-se expressamente estabelecido no § do art. 15.°, onde se declara ser da atribuição das cortes «fixar as despesas públicas»"[847].

---

845 Enquadramento de história económica: Eugénia Mata, "Economic Ideas and Economic Policy in Portugal in the 19th Century", Universidade Nova de Lisboa, Faculdade de Economia, Working Paper n.° 243, Fevereiro, 1995; Eugénia Mata & Nuno Valério, *História económica de Portugal* ..., cit.

846 Sobre isto, fundamental, Mata, Maria Eugénia, *As finanças públicas portuguesas da Regeneração[...]*; para confrontos europeus, Peter Flora *et al.*, *The Growth of Mass Democracies and Welfare States*, cit..

847 Pereira Jardim sintetiza esta relação entre liberdade, propriedade, imposto e orçamento da seguinte forma: "A nossa Carta conforma-se com esta doutrina: do § 1.° do art. 145, onde se acha consignada a fórmula que torna positiva a lei natural da liberdade, ordenando que nenhum cidadão possa ser obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei deduz-se que só por lei se podem fixar as despesas públicas, visto que essa fixação importa a criação e pagamento de impostos: o mesmo se colige do

O art. 137 da *Carta* determinava que o parlamento devia, desde logo, autorizar a cobrança de impostos (*lei de meios*). Estabelecia-o, apenas, para as contribuições directas, excepcionando, ainda assim – mesmo de entre estas –, as que estivessem aplicadas aos juros e amortização da dívida pública. Esta restrição aos poderes do parlamento ainda era agravada pelo facto de se dispor que as contribuições directas continuariam em vigor, de um ano para o outro, "até que se publique a sua derrogação, ou sejam substituídas por outras".

As correntes liberais reagiam contra este incompletíssimo cumprimento do princípio da aprovação parlamentar dos impostos, argumentando que, na realidade, ele privava o legislativo de uma das suas mais importantes formas de pressão sobre o governo – a "denegação de impostos". Desde logo, porque a primeira parte do artigo limitava a aprovação parlamentar a uma fatia exígua da punção fiscal – a dos impostos directos. O argumento para não sujeitar os impostos indirectos – que incidiam, basicamente, sobre as transacções – à aprovação parlamentar anual era o de que a sua revisão podia criar ao comércio enorme perturbação, causando variação inopinada e contínua dos preços. Na sessão parlamentar em que esta questão foi debatida, o deputado Casal Ribeiro salientou, porém, que a *autorização* anual não queria dizer *alteração anual*. Mas frisou, sobretudo, os aspectos políticos da questão: "O imposto directo figura por menos de um terço da receita total do Estado. Ora se a votação anual do imposto é um princípio essencialmente constitucional, limita-lo ao imposto directo seria mutilar este grande princípio, [...] querer menos de um terço do sistema constitucional"[848]. Por isso é que o Acto Adicional de 1852 generalizou o princípio da autorização parlamentar a todos impostos, estabelecendo, para além disso, a sua vigência apenas durante um ano ("Art. 12.° – Os impostos são votados anualmente; as leis que os estabelecem obrigam somente por um ano").

O controle parlamentar das finanças estendeu-se, porém, também ao domínio das despesas. Em princípio, a decisão sobre as despesas parecia ser uma atribuição do executivo, como resíduo das anteriores atribuições "económicas" do governo, vindas do Estado de Polícia; embora respeitado – com o advento do parlamentarismo – o quadro legal estabelecido pelo

§ 21 do referido artigo, em quanto que por ele é garantida a propriedade, e acha-se expressamente estabelecido no § do art. 15.°, onde se declara ser da atribuição das cortes «fixar as despesas públicas»" Pereira Jardim, *Principios de finanças*, 1837, n. 131.

[848] Casal Ribeiro, em Lopes Praça, *Estudos [...]*, cit., III, 124.

legislativo. Neste sentido, o principal controlo parlamentar seria o da necessidade dos impostos, da legalidade da sua cobrança e do rigor contabilístico na realização das despesas.

Na Constituição de 1822, inclui-se entre as atribuições das cortes "Fixar anualmente os impostos e as despesas públicas; repartir a contribuição directa pelos distritos das Juntas administrativas (art. 228.°); fiscalizar o emprego das rendas públicas, e as contas da sua receita e despesa" (art. 102, n.° IX); estabelecendo-se, adiante que "as contribuições serão proporcionadas às despesas públicas" (art. 226.°) e que "a conta geral da receita e despesa de cada ano, logo que tiver sido aprovada pelas Cortes, se publicará pela imprensa" (art. 233.°). Mas, finalmente, o que tudo isto acabava por significar era que, em material de programação da vida financeira do Estado, a variável independente – a despesa necessária ou prevista – era fixada pelo governo, aprovando as cortes a variável dependente – a receita necessária para a cobrir. Adrien Balbi[849], na sua contemporânea descrição da novíssima estrutura constitucional portuguesa, refere justamente que, sendo atribuição do rei "ordonner l'emploi des fonds destines aux différents branches de l'administration publique" (p. 283), "les Cortes determinant sur la présentation de ce budget[850] quelle est la masse de la contribution directe à payer dans l'année, et sa repartition sur toutes les provinces du royaume [...]" (p. 289). Na verdade, o governo estabelecia ou avaliava as necessidades financeiras, de acordo com os seus critérios de oportunidade, informava as cortes de quanto podia obter com impostos indirectos – que, na aparência, apareciam incorporados nos preços e, com isso, não pareciam constituir um atentado à propriedade – e, em face de uma e outra coisas, pedia às cortes a autorização para o lançamento dos impostos directos necessários para cobrir o défice. Claro que nas cortes se ouviria sempre a usual reclamação contra as despesas inúteis e a favor da necessidade de economias, já que o fantasma político desta época, em material financeira, era o despesismo do governo, aliado à presunção de que as suas despesas tinham origem na ganância dos próprios governantes ou das clientelas que

[849] *Essai statistique sur le royaume de Portugal et d'Algarve*, Paris, Rey et Gravier, 1822 [Lisboa, INCM, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2004], I, 283, 289.

[850] "Le secretario de estado dos negócios da fazenda (le ministre des finances) [...] présente chaque année aux Cortes un aperçu général de toutes les dépenses publiques nécessaires pour l'année; et un autre du produit des contributions indirectes [...]" (*ibid.*, p. 289).

estes queriam satisfazer[851]. Mas, tendo o governo maioria parlamentar, o orçamento (ou, pelo menos, a lei de meios), acabavam por ser aprovados.

A *Carta* continuava a conferir ao governo uma larga margem de discricionariedade na afectação das receitas às despesas, pois o art. 75, § 13, autorizava o governo a decretar a aplicação dos rendimentos destinados pelas cortes aos vários ramos da pública administração; e, também como em 1822, o art. 138.° dispunha que o Ministro da Fazenda apresentasse «na Câmara dos Deputados anualmente logo que as cortes estiverem reunidas o orçamento geral de todas as despesas públicas do ano futuro e da importância de todas as contribuições e rendas públicas [indirectas, entenda-se]"[852].

Do que acaba de se dito decorre que – como já vimos[853] – o chamado *executivo* era, na verdade, sobretudo um agente activo de *governo*, concebendo políticas concretas e querendo realizá-las, e que o orçamento das despesas era a tradução do seu verdadeiro programa. Ora, na lógica do sistema representativo parlamentar, este programa – bem como as suas sucessivas alterações – deveriam estar também sujeitos à aprovação das cortes. A questão fora levantada em França, logo depois da Restauração. A *Carta* constitucional de 1814 estabelecia, como limite à afectação pelo governo das receitas votadas no parlamento, o princípio da "especialidade governamental", ou seja, o dever – para o governo – de obedecer à repartição das despesas pelos ministérios aprovada pelo parlamento. Para limitar a discricionariedade ministerial – que, ainda assim, subsistia – uma lei de 27.3.1817 estabeleceu que, mesmo no âmbito de cada ministério, a alteração do destino das verbas consignadas tivesse que ser autorizada por decreto real; embora, pouco depois, Royer-Collard tenha proposto uma vinculação ainda mais estrita do arbítrio ministerial, considerando que a autorização parlamentar das despesas deveria ser considerada como particular para cada despesa, com a finalidade específica com que tinha sido descrita no orçamento[854], com isto se implicando que qualquer desvio à finalidade dos gastos devia voltar ao parlamento.

---

[851] Já no séc. XX, o fantasma será o despesismo dos parlamentos, dominados pela tendência demagógica de aumentar as prestações aos eleitores – aumentando a despesa – e acalmar os contribuintes – reduzindo os impostos. Daí o aparecimento das disposições constitucionais "travão", que impedem os deputados de fazer propostas de que decorra o aumento da despesa ou a diminuição da receita.

[852] Sobre este assunto, cf. Lopes Praça, *Estudos [...]*, III, 121 ss.; também, *ibid.*, I, 143 s., 274 ss.; II, 41 ss..

[853] Cf., antes, cap. 11.4.7.

[854] Cf. J. J. Lopes Praça, *Estudos [...]*, cit., II, 45.

Em Portugal, a liberdade governamental na execução do orçamento das despesas só foi bastante restringida pelo Acto Adicional de 1852, nos seus arts. 12 e 13[855], quer no que respeita à submissão do orçamento às câmaras, quer no relativo à liberdade de transferências de verbas de uma despesa para outra diferente. Originariamente, o projecto de reforma constitucional do governo para o art. 13 apenas incluía a obrigatoriedade de apresentação às câmaras do orçamento das receitas[856]. Porém, a Comissão parlamentar de revisão acrescentou a obrigação de apresentar também o orçamento da despesa: "Nos primeiros quinze dias depois de constituída a Câmara dos Deputados, o governo lhe apresentará o orçamento de receita e despesa do ano seguinte; e no primeiro mês contado da mesma data, a conta da gerência[857] do ano findo, e a conta do exercício[858] do ano ultimamente encerrado na forma da lei"[859]. Por outro lado, sujeitou-se a autorização legislativa (art. 12, § 1) a aplicação de qualquer soma a fins diversos daqueles para que tiver sido votada[860].

O confronto da norma com a prática não deixa de ser muito significativa.

Por um lado – como se vê do quadro seguinte –, são frequentes os anos em que o governo não obtém a aprovação parlamentar do orçamento, aplicando o dos anos anteriores e limitando-se a pedir às cortes a aprovação da lei de autorização de cobrança dos impostos (lei de meios).

	Leis "de meios"	Dec. ditat. "de meios"	Aprov. orçam.
1837	X		X
1838	X		
1838		X	
1839	X		X

855 Cf., adiante, cap. 14.1.

856 "*O* ministro e secretario de Estado dos Negocios da Fazenda apresentará à Câmara dos Deputados, nos primeiros quinze dias depois de constituída, o orçamento *da receita* do ano seguinte; e dentro do prazo da sessão anual, a conta geral da despesa do ano findo".

857 "A gerência abrange os actos do arrecadação e administração das rendas públicas dos doze meses que vão de Junho a Junho do cada ano económico".

858 "Exercício – O complexo de operações da contabilidade que se verificam no período de vinte e quatro meses contados do primeiro de Julho e relativas a cada um dos dois anos económicos que compreende".

859 J. J. Lopes Praça, *Estudos [...]*, cit., II, 43.

860 J. J. Lopes Praça, *Estudos [...]*, cit., II, 41.

1840	X		
1841	X		X
1842	X		
1843	X		
1844	X	X	
1845	X		X
1846		X	
1847		X	
1848	X		X
1849			
1850	X		X
1851		X	
1852	X	X	X
1853	X		X
1854	X		X
1855	X		X
1856	X		
1857	X		X
1858	X		
1859	X		
1860	X		X
1861	X		
1862	X		
1863	X		X
1864			X
1865	X		
1866			X
1867			X
1868	X		
1869	X		X
1870	X	X	
1871	X		
1872			X
1873			X
1874			X
1875			X
1876			X
1877			X

1878			X
1879	X		
1881		X	
1882			X
1883			X
1884	X		X

(Fonte: Clemente José dos Santos, *estatísticas e biographias [...]*, cit., I, 137 ss.).

Por outro lado, o governo podia converter dívida flutuante em dívida consolidada[861], transformando os défices orçamentais (i.e., as despesas não autorizadas pelo parlamento) em encargos (também não autorizados) de anos futuros[862]. Para isto, pedia-se ao parlamento autorizações para contrair empréstimos ou para abrir créditos especiais de montante indeterminado.

Complementarmente, autorizavam-se os concelhos a imporem contribuições municipais, com as quais o Estado se desonerava de despesas com a administração local[863].

Pereira Jardim comenta estes últimos expedientes, que se tornaram endémicos, nos seguintes termos: "A doutrina, que deixamos exposta [do monopólio parlamentar da fixação de receitas e despesas], não foi seguida: em todas as leis de meios o governo foi autorizado não só a representar[864] os rendimentos, e portanto a contrair empréstimos, mas também a abrir créditos suplementares para alguns capítulos de despesa.

---

[861] Cf., adiante, nota 868.

[862] Cf., porém, art. 15, § 11.º, que define como atribuições das cortes "Autorizar o Governo a contrair Empréstimos".

[863] Sobre a tributação municipal – que, além do mais, representava um entorse ao princípio da unidade orçamental do Estado – v. Pereira Jardim, *Princípios de finanças*, 1873, ns. 218 s., o qual reproduz a impressionante lista das contribuições locais: as posturas fiscais de Faro tinham 186 artigos, as de Portimão, 116, etc.. V. também Francisco António Fernandes da Silva Ferrão, *Repertorio commentado sobre foraes e doações regias*, Lisboa, 1848, que observa "comparados estes mapas com os impostos mencionados nos forais, facilmente se verá que esses impostos se acham em grande parte e em muitas localidades restaurados [...] Nos concelhos assim gravados desapareceram os nomes, mas ressuscitaram as coisas" (II, p. 90).; e, como bibliografia recente, António Pedro Manique, "Liberalismo e finanças municipais. Da extinção das sisas à proliferação dos tributos concelhios", em *Penélope*, III (1989).

Mais tarde, quando a gravidade do mal ameaçava crise invencível, foi publicada, como remédio "heróico", a lei de 16 de Maio de 1866 [pela qual eram, irrealisticamente, derrogadas todas as «autorizações concedidas ao governo pelas leis vigentes, para mandar proceder à criação de novos títulos de divida fundada interna ou externa, qualquer que seja o fim a que se destinem»]"[865].

O meio de superar esta inanidade de um mero controlo político-parlamentar das contas (para o qual não havia nem competência nem tempo) –, foi a criação do Tribunal de Contas, também pelo Acto Adicional de 1852 (cf. art. 12, § 3)[866].

No capítulo das receitas, existem algumas questões politicamente interessantes[867-868].

---

[864] No sentido de considerar como rendimento efectivo rendimentos fictícios (como fazem os actores com os seus personagens), pois a sua efectivação correspondia à criação de uma despesa futura (de reembolso ou amortização da dívida). Sobre diversas manipulações das contas e documentos financeiros apresentados ao parlamento, v. M. A. D'Espregueira, *As despezas publicas e a administração financeira do Estado*, Lisboa, Typ. do "Commercio de Portugal", 1896.

[865] A lei acaba por ser suspensa, perante a pressão dos credores e titulares de títulos.

[866] Sobre a importância política da sua criação, bem como sobre os argumentos que a sustentavam, v. J. J. Lopes Praça, *Estudos [...]*, III, 128; Controle politico e controle judicial das contas, III, 139 n.1.

[867] Segundo os cálculos de Marnoco e Sousa (*Finanças [...]*, cit., 1914, 282), teria sido a seguinte a evolução da receita pública em Portugal na segunda metade do séc. XIX:

1853-54	10.465
1861-62	13 130
1871-72	17 812
1881-82	28 567
1890-91	55 402
1900-01	53 089
1901-02	57 852
1910-11	70 019

Hoje, e para o mesmo período, as contas foram exemplarmente feitas por Maria Eugénia Mata, As finanças públicas [...], cit..

[868] Na análise das receitas se inseriria a questão central da dívida pública. Apenas para entendimento de algumas das rubricas orçamentais, limitamo-nos a distinguir entre dois grandes tipos de dívida pública: a consolidada e a flutuante. A dívida fundada ou consolidada "é uma dívida a longo prazo, podendo estabelecer-se prazo para reembolso ou não". A dívida flutuante "é a curto prazo e tem este nome por variar constantemente conforme as necessidades do tesouro (Marnoco e Sousa, *Lições de economia politica*,

Desde logo, a do tipo de receitas do Estado.

Basicamente, as receitas do Estado oitocentista português[869] tinham a seguinte proveniência[870]:

- *Próprios* (ou rendimentos do Estado enquanto proprietário) – rendas, foros, laudémios, imprensa nacional e fábrica de cartas, administração das minas e minas de carvão de pedra.
- *Impostos directos* (incidindo directamente sobre o rendimento) – décima e impostos anexos, dízimos das ilhas adjacentes, chancelarias, sisas, subsídioo literário, terças dos concelhos e barcos de pesca.

1914, 142). Referindo-se a uma situação corrente em Portugal, Marnoco e Sousa acrescenta: "Sendo esta a função normal da dívida flutuante, fácil nos é compreender que ela deve desaparecer inteiramente no fim do ano económico [...] Mas nem sempre isto sucede por quanto muitas vezes a divida flutuante desempenha uma função patológica, uma função anormal na vida financeira dos Estados. É assim que fechando os anos económicos nos Estados mal administrados com défices orçamentais, a dívida flutuante serve então para saldar tais *deficits*" (143 s.). Sobre os títulos da dívida pública (interna e externa) e a história da sua evolução em Portugal, durante o séc. XIX, *ib*., 198-207; com um quadro final comparativo da sua capitação por habitante (p. 84) ou da sua percentagem em relação à receita do Estado (p. 226), nos inícios do séc. XX:

Capitação da dívida por habitante

Países	**Capit. em Esc.**	**Países**	**Capit. em Esc.**
França	164$00	Roménia	58$80
Portugal	149$70	Sérvia	38$80
Espanha	104$00	Rússia	34$40
Bélgica	103$00	Suiça	31$00
Holanda	94$40	Suécia	28$00
Inglaterra	90$40	Dinamarca	26$40
Itália	81$00	Turquia	24$00
Alemanha	77$40	Bulgária	20$00
Áustria	67$70	Luxemburgo	18$60
Grécia	67$60	Montenegro	1$30

[869] A enumeração é a feita por Pereira Jardim nos finais da década de sessenta. Mas corresponde a um modelo de longa duração do orçamento das receitas.

[870] Alguns destes rendimentos estavam arrendados, sendo cobrados pelos rendeiros (isso aconteceu, até certa altura, com o subsídio literário, o tabaco e o sabão, o real d'água e dízimos das ilhas).

- *Impostos indirectos* (incidindo sobre actos de utilização dos rendimentos) – direitos das alfândegas, alfândega das sete casas, terreiro publico, real d'água e imposto sobre o consumo do vinho no Porto.
- *Diversos rendimentos* – contratos do tabaco e do sabão, papel selado, multas judiciais, correio geral, bula da cruzada, selo, Casa da Moeda e direitos senhoriais das moedas de ouro e prata.

Numa perspectiva de evolução, as receitas fiscais (impostos) tiveram uma história que pôde ser sintetizada por Marnoco e Sousa da seguinte forma:

> "Com o regímen liberal fez-se uma reviravolta no nosso sistema tributário. Acabou-se com os privilégios das classes em matéria de impostos, estabelecendo-se a generalidade destes. Seguiu-se a doutrina de que todos devem contribuir para as despesas públicas em harmonia com os seus haveres. O dec. de 19 de Abril de 1832 acabou com as sisas sobre os bens móveis e semoventes, conservando-as apenas para os imóveis ou bens de raiz reduzindo-se porém a taxa a 5%. Mousinho da Silveira, num bem elaborado relatório que precede este decreto afirma que a má influência das sisas se faz sentir em toda a nossa história. E não tem dúvida alguma em afirmar que elas deprimiram o espírito comercial da nossa raça e determinaram o insucesso da nossa colonização [...].
>
> O dec. de 13 de Agosto do mesmo ano acabou com todo o sistema tributário do regímen absoluto, como jugadas, foros, etc. Mas se ao regímen liberal foi fácil abolir o sistema tributário antigo, foi-lhe muito difícil organizar outro para o substituir. A reorganização do sistema tributário levou muito tempo e nem sempre se fez por bons critérios. A décima militar continuou durante muito tempo em vigor. As contribuições de décimas de prédios, de foros, quinto de exploração dos bens da coroa, etc., formas da décima militar só pelo dec. de 31 de Dezembro de 1832 foram substituídas pela contribuição predial. Os impostos chamados "contribuição industrial, maneio de fábricas" – com todos adicionais e selos de conhecimento referentes aos ditos impostos – só pelo dec de 30 de Julho de 1860 foram substituídos pela contribuição industrial. A decima de juros que incidia sobre os rendimentos dos capitais mutuados só pelo dec. de 18 de Agosto de 1887 foi regulada.
>
> O dec. de 18 de Junho de 1880 no intuito de remodelar o nosso sistema tributário, segundo os critérios científicos, veio estabelecer entre nós o imposto de rendimento abrangendo cinco cédulas.
>
> A – Rendimentos dos capitais mobiliários
>
> B – Rendimentos do exercício de qualquer emprego.

> C – Rendimentos da propriedade mobiliária.
>
> D – Rendimentos do comércio e indústria.
>
> E – Rendimentos que não são produzidos, mas desfrutados no continente e nas ilhas adjacentes.
>
> [...]. Esta lei se bem que mais perfeita que as anteriores em que se baseava o nosso sistema tributário, provocou fortes reacções e não conseguiu manter-se na prática. Foi suspensa logo por dec. de 21 de Abril de 1881, excepto na parte que dizia respeito aos empregados públicos"[871].

E as coisas assim se mantiveram até às reformas fiscais republicanas (*ibid.*, 413 ss.).

A primeira questão interessante diz respeito às receitas fiscais: e é a do peso relativo entre impostos directos (impostos que incidem directamente sobre o rendimento) e impostos indirectos (impostos que incidem sobre o uso do rendimento, em princípio, sobre o consumo).

A questão do tipo de incidência, directa ou indirecta, do imposto sobre a fortuna tinha a um tempo aspectos doutrinais e logísticos.

Do ponto de vista doutrinal, a questão fora longamente debatida. Os adeptos dos impostos indirectos, além de apontarem as dificuldades que havia em apurar o verdadeiro rendimento da propriedade e indústria de cada um, argumentavam ser preferível o imposto que menos se faz sentir. Preferiam os impostos indirectos, e sustentavam que os directos deviam ser reservados para as ocasiões de crise, sobretudo nas "nações comerciais e especialmente a Inglaterra e os Estados Unidos, onde o princípio da liberdade individual prepondera por tal forma, que repele toda e qualquer medida que provoque o mais leve constrangimento, como o que se exige, em virtude dos impostos directos, para declarar o rendimento e para pagar o imposto"[872]. Esta era, por exemplo, a opinião de John Stuart Mill: «Esta consideração nos levaria a seguir a doutrina, que tem prevalecido até estes últimos tempos, a saber: que os impostos directos sobre o rendimento deveriam ser reservados como recurso extraordinário, destinado para as grandes urgências públicas, em presença das quais a necessidade de achar recursos novos domina todas as objecções» (citado por Pereira Jardim)[873, 874].

---

[871] Síntese da evolução do sistema fiscal português no séc. XIX, com capítulos seguintes sobre cada um dos principais impostos, Marnoco e Sousa, *Lições de economia financeira*, 412 ss.;

[872] Cf. Pereira Jardim, *Princípios de finanças*, 1873, n.° 173 e 203 ss., que aqui se segue de perto.

[873] Embora Mill considere o imposto directo como mais justo, pois atende à dispo-

Alguma da discussão sobre a alternativa entre impostos directos e indirectos está totalmente embebida de intenções políticas. Assim, um dos argumentos para a preferência pelos impostos indirectos era a de que eles eram menos sentidos. Como teria dito cinicamente o Duque de Gaeta "o melhor imposto é aquele cujas formas dissimulam melhor a sua natureza"; e isto aconteceria melhor com um imposto repartido por miríade de transacções do que com um imposto global sobre a renda. Ou – para citar ainda outro titular, desta vez o Marquês de Garnier... – "Ligando o imposto à coisa fungível, confundindo-o com o preço desta, fazendo com que o pagamento da dívida e o do imposto seja um único e mesmo acto, faz-se com que de algum modo o imposto participe do atractivo que tem o consumo, e que nasça no espírito do consumidor o desejo de pagar o imposto". Claro que por detrás deste cálculo está a lógica dos possidentes, já que, para os que pouco têm, o imposto mais sentido – como a história das revoltas fiscais europeias suficientemente ilustra – é o imposto indirecto.

Do ponto de vista logístico, um orçamento baseado em impostos indirectos aproxima-se ainda muito do modelo de Antigo Regime, em que, por carência de meios humanos e organizativos, se preferia tributar actos de uso do rendimento (nomeadamente, compras e vendas [sisas, real d'água, tabaco], importações e exportações [alfândegas e dízimos]) do que taxar directamente o rendimento, o que exigiria cadastros e processos de avaliação muito complicados e inexistentes[875].

Depois, como outra questão politicamente relevante na análise das receitas, importa saber que actos ou rendimentos são principalmente tributados, para perceber que classes contributivas estão a suportar o Estado. Se os proprietários (que pagavam a décima predial), se os industriais (que

nibilidade de meios do contribuinte e não à necessidade de os utilizar (ainda quando os não tenha ou os tenha em grau reduzido). Cf. Jardim, *Princípios de finanças*, 1873, n.° 203.

[874] Também a questão da legitimidade e bondade dos impostos sobre transmissões gratuitas, nomeadamente sobre as doações foi muito discutida. Bentham propunha suprimir as sucessões *ab intestato* entre os colaterais e em fazer reverter os bens para o Estado; ao passo que Stuart Mill cria "que se deveria elevar a taxa do imposto tanto quanto fosse possível, sem facilitar os meios de iludir a lei por doação entre vivos, ou dissimulando as propriedades de tal modo que fosse impossível impedir a fraude" (cit. por Jardim, *ibid.*)..

[875] Em todo, o caso, as décimas, criadas em meados do séc. XVII, eram desse tipo. Como o eram os "quintos da coroa" sobre a mineração brasileira ou o imposto sobre o açúcar. Sobre a evolução desta questão em Portugal, cf. Pereira Jardim, *Princípios de finanças [...]*, cit., n.° 209 ss.. Sobre o sistema fiscal de Antigo Regime, v. A. M. Hespanha, *As vésperas do Leviathan [...]*, cit..

pagavam a décima de maneio, mais tarde a contribuição industrial), se os capitalistas (que pagavam a décima de juros), se os comerciantes de longo curso (que pagavam as taxas alfandegárias), se os consumidores (que pagavam os vários impostos sobre o consumo que continuavam a subsistir)[876]. Este estudo é possível, atendendo às características de cada imposto (nomeadamente, a sua incidência), agrupando-os por categorias e verificando o respectivo peso no orçamento da receita.

Também a técnica de distribuição do imposto poderá ser politicamente relevante; nomeadamente quanto à escolha entre os dois sistemas da "quotidade" ou da "repartição". Pelo primeiro, cada indivíduo paga um imposto proporcional ao seu rendimento, de acordo com uma taxa ou quota fixada em geral na lei. Pela segunda, faz-se uma repartição da soma calculada necessária para cobrir as despesas por categorias de pessoas ou por circunscrições administrativas, ficando a cargo destas entidades a determinação da contribuição de cada um dos seus membros.

Os princípios liberais da generalidade e igualdade das cidadãos – e, portanto, da sua contribuição para as despesas públicas – apontaria claramente para o primeiro método. Ele estava consagrado, por exemplo na

---

[876] Texto significativo da multiplicidade das formas da incidência do imposto é o seguinte, de Pereira Jardim: "Entre nós a multiplicidade do imposto não se harmoniza com a ideia filosófica e pratica de liberdade: a ciência e a Carta sofrem repetidas ofensas com as restrições provenientes da legislação tributária. Os actos da vida civil, desde os mais importantes até aos mais vulgares, estão sujeitos ao imposto. Para que o indivíduo não comprometa a sua fortuna, ou possa garantir o seu direito, e evitar penas e multas, somente com referencia ao selo, carece de andar munido de um código [...]. Directa e indirectamente tudo se acha tributado: a nossa legislação compreende as pessoas e as coisas; a propriedade, o capital, a produção e o rendimento; as profissões, as indústrias e o trabalho, a circulação, a navegação e o transito; a exportação e a importação; a venda e compra, as trocas e as doações; a caça e a pesca; as mercês honorificas e lucrativas; finalmente os pleitos, os vícios, os erros e os crimes, tudo se acha tributado: o nascimento, o casamento e o óbito também estão sujeitos ao imposto. Deste modo o individuo é detido e retido a cada momento por virtude da lei tributaria: tal é a desordem, que a lei, para sustentar o imposto, anula a verdade e extingue o direito. Por esta forma cada um é livre, não como a dignidade pessoal e a celeridade e garantia das transacções o exigem, mas sim segundo o costume. São poucos os que vêem na multiplicidade do imposto, e especialmente na lei do selo, uma extensa cadeia, que agrilhoa a liberdade, um embargo permanente aos contratos; e menos ainda os que sabem apreciar os péssimos efeitos da maior parte das leis tributarias: estas complicam e tornam obscura a legislação; entorpecem, e tornam difíceis a maior parte dos actos da vida civil. Só a ignorância do maior numero e o egoísmo de alguns podem sustentar este lamentável estado de coisas, que todavia, com referência ao passado, representa um muito importante progresso" (*Princípios de finanças*, 1873, n.° 230).

Constituição de Cadiz de 1812, quando estabelecia "As contribuições serão repartidas entre todos os espanhóis em proporção das suas faculdades, *sem excepção ou privilégio algum*" (art. 339.°).

A *Constituição de 1822* (arts. 103[877] e 228[878]) – na esteira da Constituição de Cadiz e nos documentos constitucionais franceses de 1789, 1790 e 1791[879] – adopta o sistema de repartição, paradoxalmente no sentido de garantir a generalidade do imposto, já que a sua repartição territorial representava uma forma de acabar com as isenções fiscais de Antigo Regime, baseadas em privilégios pessoais. A *Carta constitucional* de 1826 – por influência da Constituição brasileira, mas no seguimento da de 1822 – mantém-se nesta linha ("[Compete às cortes] Fixar anualmente as despesas públicas, e repartir a contribuição directa", art. 15.°, § 8).

Contudo, as reformas de Mouzinho da Silveira voltam a repor o sistema das quotas (dec. 22, de 16 de Maio de 1832). O mesmo acontece com a *Constituição de 1838* que, ao conferir às cortes a faculdade de votar anualmente os impostos e fixar a receita e despesa do Estado» (art. 27, n. 12), sem falar de repartição, implicitamente adoptava a política de, abolidas as discriminações pessoais, se pôr agora também termo às discriminações territoriais, atingindo-se o objectivo liberal de um "imposto igual para cidadãos iguais"

Todavia, o sistema da quotidade pressupunha que o Estado tivesse centralmente condições de avaliar a renda de cada um, de modo a que o imposto fosse realmente distribuído com justiça. Para além de que, em termos políticos, desapropriava as elites locais de um poder importante – o de, pela sua influência local sobre as entidades que estabeleciam a parte de cada um na contribuição a pagar pelo concelho, conseguirem benefícios tributários. Realmente, a experiência das fintas de Antigo Regime já comprovara suficientemente como é que as elites se comportavam quando se tratava de repartir a carga fiscal: normalmente, devolviam-na para os

---

[877] "Fixar anualmente os impostos e as despesas públicas; repartir a contribuição directa pelos distritos das Juntas administrativas (art.. 228.°); fiscalizar o emprego das rendas públicas, e as contas da sua receita e despesa;"

[878] "As Cortes repartirão a contribuição directa pelos Distritos das Juntas de Administração, conforme os rendimentos de cada um. O Administrador em Junta repartirá pelos concelhos do seu Distrito a quota que lhe houver tocado e a Câmara repartirá a que coube ao Concelho por todos os moradores na proporção dos rendimentos que eles e as pessoas, que residirem fora, dali tiverem".

[879] *Decl. droits de l'homme*, art. 1.°, n. 13; Constitution, tit. 1, n.°2; tit. 3, cap. 3, séc. 1, n.° 4.

mais fracos. É claro que também este inconveniente estava coberto por uma argumentação liberal: melhor do que a fiscalização do Estado seria a fiscalização recíproca que uns contribuintes exerceriam sobre os outros, pois o que uns ilegitimamente não pagassem teria que ser pago pelos outros, já que o montante global da receita estava fixado de antemão. No entanto, como mais tarde observa Pereira Jardim:

> "A pratica da justiça, que ficou dependente da fiscalização recíproca, não se obteve; porque tal fiscalização não passou do papel: não se fez, não se faz, e é de supor que não se fará tão brevemente. O nosso povo tem ódio à denúncia; mesmo para interesse próprio repugna-lhe acusar à autoridade as faltas, abusos e até crimes de outrem, e mais quando se trata de interesses pecuniários, e o negócio respeita a todos. Neste caso, especialmente, a denúncia é tida como uma acção indecorosa, senão ofensiva da honra e da boa consideração pública. Acresce que para a maioria dos contribuintes as reclamações provocam despesas, e também, sendo para se elevarem os rendimentos das propriedades dos vizinhos, inimizades, e, não raro, vinganças, mais de temer do que a desigualdade da colecta"[880].

Por isso é que, com a restauração efectiva da *Carta*, em 1834, se começa a pôr em causa a legitimidade e mesmo a legalidade (constitucionalidade) das reformas de 1832. Um projecto de reforma de 1841, convertido em lei em 1845 (19 de Abril), volta ao sistema de repartição na décima predial, com o fundamento de que as deficiências no sistema de avaliação dos rendimentos da propriedade criavam enormes desigualdades de distrito para distrito. Por detrás desta argumentação, estavam, naturalmente, não apenas os interesses dos grandes proprietários, que normalmente integravam as comissões de repartição[881], como também o interesse

[880] *Princípios de finanças*, 1873, 243. É aqui que se enxerta a questão das matrizes e do cadastro territorial. V., além de Pereira Jardim, *Princípios de finanças*, 1873, nota final ao cap. 27, Ávila e Bolama, Duque de, Ferrão, Francisco António Fernandes da Silva, Paiva, Vicente Ferrer Neto, *Três relatórios sobre o cadastro*, Lisboa, Gab. de Estudos da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, 1963 (Cadernos de ciência e técnica fiscal, 13).

[881] Veja-se o juízo político de Pereira Jardim: "Os restauradores da Carta em 1842 não tinham por si nem ideias nem precedentes respeitáveis: a sua bandeira era um facto reputado em pouco. Para criar um partido próprio praticaram violências e lançaram-se nos braços dos proprietários, a quem entregaram a superintendência do serviço das contribuições: o lançamento destas, desde então, em vez de processo fiscal, tornou-se unia arma política, e serviu pala remunerar os novos partidários. Os administradores-proprietários e os seus sequazes para se beneficiarem e criar partidários transtornaram o pouco que se havia feito. Quando em 1846 se tratou de pôr em prática a reforma tributária, decretada

do Estado em garantir uma receita certa, que o sistema da quotidade não assegurava.

A comoção social provocada pela nova lei – que iria seguramente fazer recair sobre os mais pobres a repartição da décima e que, por isso, foi uma das causas do levantamento da Maria da Fonte – originou a sua suspensão até a 1854 (dec. 31.12.1852).

Também a leitura do orçamento da despesa[882] é muito eloquente. Mas, por falta de estudos de síntese, utilizando a classificações das despesas adequadas a uma sua leitura política, nada pode, por ora, ser adiantado[883].

Finalmente, um estudo comparativo da punção fiscal em Portugal e em outros Estados contemporâneos pode ser muito esclarecedora[884]. Ainda aqui, nada de sistemático está feito.

---

pela lei de 19 de Abril de 1845, foi necessário arrancar os lançamentos das mãos dos proprietários: estes, vendo-se sem a presa e em risco de pagar mais do que estavam pagando, e era de justiça pagassem, fizeram causa comum com os progressistas, e a reforma baqueou". Em 1852, o reformador foi cauteloso, mas o sistema da corrupção não tinha acabado. O que até então se praticou directamente com o eleitor passou a ser praticado com o eleito: os deputados, para sustentarem a sua clientela, tiveram de exercer pressão sobre os agentes fiscais, e não lhes consentiram que fizessem quanto podiam fazer" (*Princípios de finanças*, 1873, 245).

[882] Avaliação da evolução das despesas públicas, de 1834 a 1913, em Marnoco e Sousa, *Finanças [...]*, cit., 1913, 82; quadro comparativo da capitação da despesa por habitante, com vários países, em 1911, p. 84:

Capitação da despesa por habitante

Países	**Cap. em escudos**	**Países**	**Cap. em escudos**
Alemanha	34	Itália	14,2
Inglaterra	24,6	Suécia	12,4
França	22	Portugal	11,7
Bélgica	18,6	Espanha	11,4
Áustria	18	Estados Unidos	11,4
Suiça	17,6	Dinamarca	11
Holanda	17,20	Brasil	10,8
Noruega	14,4	Rússia	10,7

[883] V., em todo o caso, os valiosos estudos de Maria Eugénia Mata, cits. na bibliografia final.

[884] Recorrendo, sobretudo, aos dados de Peter Flora, *State, economy and society in Western Europe 1815-1975: a data handbook in two volumes*, Frankfurt-London-Chicago, 1983; Mitchell, B. R., *European Historical Statistics 1750-1975*, 1980; Mitchell B.R., *The*

11.4.8.3.7. **Centro e periferia**

Em geral, estabelece-se como axioma que os poderes dos vários órgãos e agentes do Estado não são originários, como consequências naturais das suas funções ou estatuto, mas antes provenientes de um acto de delegação dos órgãos de soberania. A ideia de delegação constitui, de facto, um princípio essencialmente contemporâneo de construção do aparelho de Estado.

Na monarquia corporativa, o princípio construtivo básico era o do carácter ordinário – isto é, natural, decorrente das funções de cada órgão ou funcionário, pelo que qualquer ingerência nas suas atribuições, mesmo de órgãos mais eminentes, era um "desaforo" (*i.e.*, uma violação do seu foro). A jurisdição delegada era excepcional, característica dos cargos comissariais. A relação entre órgãos inferiores e superiores era concebida em termos de tutela, não de hierarquia. A distribuição das competências entre os vários oficiais, conselhos ou tribunais não era arbitrária, decorrendo das suas funções naturais no seio do organismo do poder[885].

Agora, o princípio construtivo é o da delegação/hierarquia, o que permite aos órgãos superiores comandar (e não apenas vigiar) a acção dos inferiores e, eventualmente, substituir-se a estes (poder de direcção e de avocação). A divisão das competências e funções decorre de critérios pragmáticos de organização dos serviços públicos.

O efeito é particularmente interessante quando confrontado com o discurso da descentralização, pois por aí se vê de forma particularmente clara a distinção entre o sistema pluralista do Antigo Regime, recusado, e o sistema monista descentralizado, agora proposto. Surpreende-se, com isto, um novo princípio construtivo do sistema de poder, semelhante, nos seus efeitos, ao princípio da hierarquia/delegação. Referimo-nos à oposição entre centralização política e descentralização administrativa. Um adepto da descentralização, Joaquim Thomaz Lobo d'Ávila, põe em destaque, nos seus importantes *Estudos de Administração* (1874), as diferenças entre o sistema pluralista do Antigo Regime e a descentralização agora proposta nestes termos: «O Estado, que tinha por base os municípios, era um corpo formado de membros desconexos, a que faltava a

Fontana Economic History of Europe. Statistical Appendix, 1700-1914, 1971; *id.1920-1970*, 1972.

[885] Sobre tudo isto, v., por todos, A. M. Hespanha, *As vésperas do Leviathan [...]*, cit., 498 ss.; L. Mannori & B. Sordi, *Storia [...]*, cit..

vida de relação, a unidade e a harmonia, que só podem provir da aplicação de princípios gerais estribados na justiça e no direito, e inspirados pelo interesse comum [...]. O municipalismo multi-forme, incoerente, individualista, privilegiado e bárbaro da idade media não era a descentralização administrativa, era o fraccionamento do Pais em circunscrições isoladas e às vezes hostis [...] era a negação de todos os princípios gerais de direito politico, civil e criminal, a condenação de toda a economia publica, a supressão de todo o viver nacional, o menosprezo de todos os interesses gerais, e o impedimento de todo o progresso e civilização da sociedade.» (p. 19.) O poder, visando o interesse geral (outro axioma do pensamento político, estabelecido nos finais do séc. XVIII), apoiado na lei (entendida como vontade geral), teria de ser único; embora se admita que a administração (isto é, «o governo do Pais menos a feitura das leis e o exercício da justiça», *ibid.*, p. 50) possa ser cometida, a nível local, às comunidades.

Esta distinção – que fará curso durante todo o século XIX – desempenha, no plano das relações entre o poder central e os poderes territoriais periféricos, a mesma função do princípio da delegação na organização burocrática, embora com diferentes tonalidades ideológica e dogmática. Agora, não se concebem os poderes das autarquias territoriais como meramente delegados; mas, pelo seu confinamento ao âmbito dos interesses locais e pela necessária subordinação à lei e justiça gerais, obtém-se o mesmo efeito de expropriação política da periferia. Também aqui esta ideia unificadora – que, na sua versão centralizadora, era ainda mais radical[886] – se torna imediatamente produtora de efeitos institucionais, assimilando as antigas «liberdades municipais» a ilegítimas manifestações de egoísmo local e de política de campanário, mesmo na falta de lei que expressamente lhes pusesse fim.

No entanto, a questão da centralização / descentralização não tinha uma única leitura. Foi antes uma questão polémica que percorreu todo o séc. XIX[887].

Guimarães Pedrosa sintetiza com eficácia as linhas gerais da história da questão.

---

886 Thomas Lobo d'Ávila, *Estudos de administração*, cit., p. 47.

887 As melhores sínteses sobre o assunto são, porventura, as de Luís Espinha da Silveira (designadamente, em João Ferrão & Luís Espinha da Silveira, *Poder central, poder regional, poder local [...]*, cit.; Luís Espinha da Silveira, "Estado liberal, centralismo e atonia da vida local", cit.).

"Após a revolução de 1789 a França tornou-se o estado típico de uma excessiva centralização administrativo, já actualmente modificada. A esses exageros centralizadores se atribuiu em grande parte o desastre de 1870, e os próprios elementos conservadores daquele estado, condenando o erro, sustentavam em Versalhes em 1871 a necessidade da descentralização.

"Desde bastantes anos antes que, ao lado de autores centralizadores, como Cormenin, Guizot e outros, uma plêiade numerosa de escritores como Tocqueville, Royer-Collard, Chevillard, Vivien, Batbie, Pradier, Ducqrot, etc., defendia a descentralização administrativa a par da centralização política, constituindo a escola de administração, que se pode denominar a escola clássica francesa. Estes escritores consideram, em geral, o problema como tendo um aspecto essencialmente prático, devendo resolver-se, quanto ao grau de descentralização, em vista das circunstâncias. A escola francesa actuou nos escritores dos demais estados de origem latina, tornando-se a dominante, embora um ou outro autor se mostrasse adepto da centralização administrativa, como, por exemplo, Colmeiro em Espanha, o qual, seguindo o pensamento de Guizot (*Histoire de la civilisation en* Europe, Paris, Didier, 1871, 396) de que a administração é o complexo de meios tendentes a transmitir a vontade do poder central a todas as partes da sociedade e a fazer reunir nesse poder as forças da mesma sociedade, quer em homens quer em dinheiro –, diz que a acção administrativa é a própria actividade social, ou a reflexão das forças individuais, que se concentram para constituir o poder político, o qual as irradia para formar a administração (*Derecho administrativo español*, p. 10, n. 16). Em Portugal, Mousinho da Silveira, no relatório que precede os célebres decretos ns. 22, 23 e 24, de 16 de Maio de 1832, dizia que o bem comum exige que os cidadãos regulem por si os interesses locais, porque são domésticos e de família; e o legislador não pode como eles estar tanto ao alcance do que lhes convém; que, se o governo não vigia este direito, estabelece a divisão e a escravidão pessoal; e, se o usurpa, adopta como princípio o despotismo. O espírito descentraliza dor do grande estadista foi atraiçoado pela imitação da legislação francesa dessa época, toda assente no sistema centralizador. A legislação posterior tem obedecido quase que alternativamente às tendências centralizadoras ou descentralizadoras dos governos, mas, quanto a estas, dominadas em geral por uma mal compreendida descentralização"[888].

O institucionalismo dos finais do séc. XIX reforça ainda as ideias descentralizadoras. Santi Romano alarga a questão da descentralização às instituições sem base territorial, propondo, ao lado da descentralização ter-

[888] Guimarães Pedrosa, *Curso de Sciencia da administração [...]*, cit, 336 ss..

ritorial, uma descentralização institucional, por meio da qual se produziria uma repartição das funções da administração pública entre: 1. órgão da administração do Estado, centrais e locais; 2. autarquias territoriais; 3. autarquias institucionais; 4. particulares, por concessão[889].

São estas as influências que se fazem já sentir na obra de José Frederico Laranjo[890], quando afirma que, para que haja descentralização administrativa, é preciso que haja o exercício livre das atribuições dos corpos locais por eles mesmos, sem ingerência do governo, além da inspecção, para submeter os seus actos ao poder judicial, quando eles contrariem as leis.

De qualquer modo, e apesar de uma contínua corrente doutrinal anti-centralizadora – por vezes com alguma expressão legislativa, como nas reformas de 1836 e no Código administrativo de 1878[891] –, a estadualização da vida política não cessou de se acentuar. A nova organização do poder governativo encontrava-se muito mais apta, apesar da debilidade das suas extensões periféricas[892], a desempenhar as funções de uma administração activa, pelo progresso das suas estruturas e organização no sentido de uma administração deste tipo[893]. Por outro lado, as Câmaras, embora nunca tenham deixado de ser presididas por um magistrado eleito e de, na prática, dominarem o administrador do concelho nomeado pelo governo, careciam quase totalmente de capacidade de direcção e de recursos financeiros, nisto residindo a sua "atonia", a que se refere Luís Espinha da Silveira[894].

De qualquer modo, o estabelecimento do novo modelo de Estado comportou uma política de redução das esferas políticas periféricas, à qual dedicaremos os capítulos seguintes.

---

[889] Cf. Guimarães Pedrosa, *Curso de Sciencia da administração [...]*, cit, 340.

[890] *Princípios e instituições de direito administrativo*, Coimbra 1888, 41.

[891] Centralizadores eram, em contrapartida, os códigos de 1842, de 1886 e de 1896.

[892] Cf. Luís Espinha da Silveira, "Estado liberal, centralismo e atonia da vida local" [...], cit, *maxime*, 131 ss..

[893] Cf., antes, n.° 14.4.8.3.4.

[894] Cf. Luís Espinha da Silveira, "Estado liberal, centralismo e atonia da vida local" [...], cit, *maxime*, 135 ss., confirmando os já citados estudos de António Pedro Manique e José Viriato Capela sobre as finanças locais.

11.4.8.3.8. **A redução das periferias**

Referiremos, seguidamente, as vertentes mais importantes deste processo de redução das jurisdições periféricas.

11.4.8.3.8.1. ***O ocaso dos poderes senhoriais***

Comecemos pelos poderes senhoriais.

No Antigo Regime, os senhorios não constituíam, do ponto de vista político, o mais importante concorrente da coroa. Na verdade, no sistema político português do Antigo Regime, os senhores apenas gozavam da jurisdição intermédia, ou seja da faculdade de conhecer das apelações (mas não dos agravos) dos juízes das suas terras, dando sempre, por sua vez, apelação para o tribunal real[895].

O diploma que vem modificar radicalmente esta situação é a Lei de 19 de Julho de 1790, completada, depois, pelo Alvará de 7 de Janeiro de 1792. A primeira lei:

- abole as isenções de correição anteriormente concedidas a donatários (cerca de um terço das terras do Reino tinham este regime, embora, no século XVIII, a maior parte pertencesse a senhorios unidos à coroa – Casa da Rainha, Casa do Infantado, Casa de Bragança, mestrados das ordens militares) (artigo iii);
- substitui os ouvidores dos grandes donatários (rainha, infantado, Bragança, ordens militares, arcebispo de Braga) por corregedores, nomeados (rainha, infantado) ou apresentados (arcebispo de Braga) pelos donatários (artigos xxiii, xxxii e xxxvii), embora, como corregedores, estes deixem de gozar da faculdade de conhecer das apelações (artigos xx e xxvi);
- extingue as restantes ouvidorias, substituindo os ouvidores por juízes de fora apresentados pelos donatários ou por juízes ordinários por ele nomeados (artigos xxxviii e xxxix), autorizando-os também a confirmar as vereações;
- extingue os coutos e honras onde não possa haver juízes próprios,

---

[895] Cf. A. M. Hespanha, *As vésperas [...]*, cit., 380 ss.; Nuno Gonçalo Freitas Monteiro, *O crepúsculo dos grandes [...]*, cit.; *Entre o Antigo Regime e o Liberalismo*, cit..

Em resumo, extingue-se a jurisdição dos donatários – no sentido em que estes a tinham no Antigo Regime, isto é, como jurisdição intermédia –, embora saiam reforçados os seus poderes de nomear ou confirmar justiças locais, agora atribuídos genericamente, com o que se abole um anterior princípio de que a eleição das justiças era, em geral, dos povos. O poder senhorial perde em relação à coroa, mas ganha algo em relação ao poder municipal, dentro de uma política de constituição de espaços jurisdicionais mais abrangentes, sob a égide de um magistrado letrado (as novas correições, de que esta lei e o Alvará de 1792 lançam as bases, a serem concretizadas, mais tarde, pelo inacabado plano de reforma das comarcas)[896].

Finalmente, as constituições[897] e a reforma judiciária (Dec. n.º 24, de 16 de Maio de 1832) acabam de vez com as jurisdições dos donatários.

11.4.8.3.8.2. *A **Igreja***

Quanto à autonomia jurisdicional da Igreja, ela era muito vasta, pois envolvia, para além do poder de auto-regulamentação da vida eclesiástica, competência dos tribunais eclesiásticos para o conhecimento da generalidade das questões (civis ou criminais) em que interviessem clérigos (*iurisdictio ratione personae*), bem como das relativas a matérias espirituais, de organização e disciplina eclesiásticas, de costumes, relativas a coisas sagradas ou religiosas ou a bens da Igreja (*iurisdictio ratione materiae*). A mesma competência dos tribunais eclesiásticos estendia-se ainda aos casos chamados de «foro misto». Para além de que o direito canónico vigorava, para certas matérias, a título subsidiário nos tribunais seculares[898].

Eis como se processou a redução dos poderes da Igreja.

Quanto à vigência supletiva do direito canónico, a Lei de 18 de Agosto de 1769 (*Lei da Boa Razão*) passou a exclui-la, remetendo o direito canónico para os tribunais da Igreja.

No que respeita à disciplina interna, as restrições mais importantes à autonomia da Igreja decorrem do que adiante se dirá sobre a intervenção do Estado na administração das coisas sacras ou religiosas e da mesma intervenção na nomeação de cargos eclesiásticos.

---

[896] Cf. Ana Cristina Nogueira da Silva, *O modelo espacial do Estado Moderno...*, cit..

[897] *Const. 1822*, tit. V; *Carta*, tit. VI.

[898] Cf. A. M. Hespanha, *História de Portugal Moderno. Político e institucional [...]*, cit., 121 ss..

Neste último ponto, o Estado liberal limita-se a subrogar-se no anterior papel da coroa.

Assim, quanto aos bispos, desde D. Afonso V que cabia ao rei a nomeação e a confirmação ao Papa[899]; no século XIX, os bispos estavam sujeitos à inspecção do governo (*ibid.*, p. 143), gozando, em contrapartida, de honras, prerrogativas (v.g., eram conselheiros, pares, grandes do Reino, vogais natos, órgãos administrativos) e remuneração civil (*ibid.*, pp. 148 e segs.). Quanto aos párocos, eles eram considerados, durante o regime constitucional monárquico, como empregados espirituais e civis, pelo que a sua nomeação resultava da apresentação régia[900], precedida de concurso documental perante a Secretaria de Estado dos Negócios Eclesiásticos e da Justiça[901-902]. As suas funções espirituais são o governo interno da sua comunidade paroquial; as funções civis são vastas, abrangendo campos como a revisão do recenseamento eleitoral, colaborar nas operações de recrutamento militar, a informação dos serviços públicos, colaborar na arrecadação de fundos para os socorros a náufragos, colaborar na administração orfanológica, passar de certidões relativas ao custado civil, económico, sanitário, etc., dos paroquianos[903].

Quanto ao foro eclesiástico. Em 1821, foi abolido o Conselho-Geral do Santo Ofício (Decreto de 31 de Maio e Portaria de 5 de Abril) – de resto, já fortemente secularizado pelo regimento pombalino, de 1 de Setembro de 1774 – e devolvida a sua competência ao ordinário. Pelo Decreto de 10 de Dezembro são abolidas as devassas gerais do ordinário eclesiástico, poderoso instrumento de disciplina das comunidades[904]. Em 1832, a Reforma Judiciária (Decreto n.° 24, de 16 de Maio) extingue o foro eclesiástico nas causas temporais ou de foro misto (artigo 117);

[899] Bernardino Joaquim da Silva Carneiro, *Elementos de direito ecclesiastico*, pp. 133 e segs..; sobre o padroado, Praça, José Joaquim Lopes Praça, *Ensaio sobre o padroado portuguez [...]*, cit..; Guimarães Pedrosa, *Sciencia da administração [...]*, 23; Bernardino J. S. Carneiro, *Elementos [...]*, cit., §§ 215 ss..

[900] *Carta Constitucional*, artigo 75., n. 2; dec. 2.1.1862.

[901] Bernardino J. S. Carneiro, *Elementos [...]*, p. 206; Guimarães Pedrosa, *Sciencia da administração [...]*, 20.

[902] Sobre o exercício do beneplácito régio, CC, art. 75, § 14.°, AA.CC 1852, art. 10, LL. 11.2.1863 e 2.5.1882; cf. Manuel de Oliveira Chaves e Castro, *O beneplacito regio em Portugal*, cit., 1885.

[903] Bernardino J. S. Carneiro, *Elementos [...]*, pp. 200 e segs.; Guimarães Pedrosa, *Sciencia da administração [...]*, 20.

[904] Cf. *Ordenações Filipinas*, II, 1, 13.

mesmo nas espirituais, a competência punitiva dos bispos é limitada a penas espirituais, pelo Decreto de 19 de Julho de 1833[905].

Domínio de regulamentação da Igreja com importante incidência temporal era o das matérias de registo e de casamento. Quanto à primeira, os Decretos de 16 de Maio de 1832 e de 18 de Maio de 1835 cometem-na ao provedor do concelho; tendo o Código Administrativo de 1836 reposto a competência registral dos párocos, só o Código Civil de 1867 (artigos 2445.° e 2491.°), o Código Administrativo de 1870, o Regulamento do Registo de 28 de Maio de 1878 e, afinal, a legislação republicana (Código do Registo Civil e Lei de 10 de Julho de 1912) reduzem este último domínio de vigência da reserva jurisdicional da Igreja. No domínio do casamento, o Código Civil de 1867 institui o casamento civil (artigos 1056.° e 1057.°)[906] para qualquer cidadão; por sua vez, a Lei de 3 de Novembro de 1910 estabelece o divórcio.

Outro domínio importante era o da competência administrativa e de tutela sobre as coisas religiosas e eclesiásticas, conceito em que se compreendiam realidades diversíssimas: sepulturas, cemitérios, conventos, capelas, irmandades e confrarias, seminários, hospitais, albergarias, misericórdias, casas de expostos, asilos de mendicidade, etc.[907]. A legislação do Reino, anterior ou posterior à Revolução, tinha previsto, em alguns casos, uma tutela administrativa das entidades laicas, cumulativa ou privativa da Igreja. No século XIX, a reserva jurisdicional da Igreja neste campo era, portanto, variamente temperada pela intervenção do Estado, normal num regime de religião oficial e de não separação. Assim, se a criação de novas ordens religiosas dependia da Santa Sé, a fundação ou extinção de conventos era atribuição régia (ibid., p. 323). A criação de capelas[908] era da competência exclusiva da Igreja. A fundação de confrarias e irmandades carecia de autorizações do ordinário e da administração estadual (ibid., pp. 339 e segs.). A administração dos seminários competia à Igreja, mas a nomeação dos professores e restante pessoal pertencia ao governo, sob proposta dos bispos. Nos hospitais e albergarias de fundação ou administração eclesiásticas, toda a inspecção pertencia ao ordinário;

---

[905] Bernardino J. S. Carneiro, *Elementos [...]*, pp. 389 e segs..

[906] Samuel Rodrigues, *A polémica sobre o casamento civil (1865-1867)*, Lisboa, INIC, 1987.

[907] Bernardino J. S. Carneiro, *Elementos [...]*, pp. 294 e segs..

[908] Simples, pois as vinculadas foram abolidas pela Carta da Lei de 19 de Maio de 1863.

nos de fundação e administração leiga, só cabia a este inspecção em matéria espiritual[909]. Já as misericórdias, as casas de expostos e os asilos custavam de há muito sob tutela predominantemente régia[910].

Em todo o caso, houve alguns domínios da jurisdição da Igreja que, durante todo o século XIX, se mantiveram intactos.

Um deles foi o da competência jurisdicional da Igreja em matéria de casamentos católicos, dominantes no País, que continuaram, mesmo depois do Código Civil, a ser regulados, no plano das relações pessoais, pelo direito canónico.

Outra reserva jurisdicional – agora ao nível do direito «vivido», que não do «direito oficial» – diz respeito ao papel das autoridades eclesiásticas (sobretudo os párocos, mas também as confrarias ou irmandades) como ordenadoras da vida colectiva e como mediadoras «informais» de conflitos nas comunidades rurais, sobretudo no Norte do País. A Igreja sempre fomentara a intervenção arbitral das suas instituições (bispos, curas de almas, confrarias) na resolução dos conflitos entre fiéis (cf. s. Paulo, *Corint.*, I, 6). Isto, combinado com os custos e incomodidades da justiça oficial, promovera a função mediadora e organizadora dos padres. A outorga que lhes foi feita de poderes temporais pelo constitucionalismo monárquico (v. *supra*) reforçou ainda o seu papel político, instituindo-os em mediadores entre o mundo político local e a esfera do poder do Estado. A sua intervenção decisiva em todas as movimentações populares (nomeadamente, na *Patuleia*), sobretudo na Beira, Entre Douro e Minho e Trás-os-Montes, é bem esclarecedora de hierarquias políticas informais que se mantiveram, ao lado das oficiais-estaduais, até quase aos nossos dias. O mesmo se diga da função organizadora da vida comum de pequenas comunidades camponesas desempenhada pelas confrarias e irmandades e, até, pelas festas religiosas (estabelecendo, por exemplo, os ritmos sazonais dos trabalhos agrícolas).

Em resumo, pode dizer-se que, no plano político, a evolução do estatuto da Igreja se caracteriza por dois traços.

Por um lado, verifica-se uma estratégia de contínua redução das reservas políticas da Igreja. Isto é particularmente nítido (e novo) no domínio do foro eclesiástico, em que o Estado subordinou todas as outras estratégias à defesa do monopólio estadual de dizer o direito, mas verifica-

[909] *Ordenações Filipinas*, I, 62, pp. 39 e segs.; Bernardino J. S. Carneiro, *Elementos [...]*, pp. 350 e segs..

[910] *Ibid.*, pp. 352 e segs..

-se também – na esteira de tendências anteriores – no que respeita à nomeação dos cargos eclesiásticos e à administração das coisas religiosas e sagradas.

Por outro lado, nota-se uma estratégia de aproveitamento pelo Estado das estruturas eclesiásticas, tanto com o fim de legitimação ideológica como com o fim de tirar partido, no plano político-organizativo, do seu aparelho administrativo. Neste último plano, tem especial interesse a utilização dos párocos como mediadores políticos entre as comunidades locais e o Estado, ou seja como indivíduos que cumulam funções políticas da comunidade local com funções políticas periféricas da comunidade global e que, portanto, podem constituir canais de comunicação (intermediadores, *brokers*) entre as duas. Os párocos substituem, assim, mediações destruídas pelo regime liberal (nomeadamente, a das câmaras electivas dos concelhos do Antigo Regime[911]), funcionando como complemento (provisório, cumulativo) de novas mediações estabelecidas pelos novos mecanismos do poder (nomeadamente, a dos caciques eleitorais regionais ou locais). Com o que, afinal, se reforça o próprio papel político dos párocos entre a comunidade dos fregueses.

11.4.8.3.8.3. ***Concelhos***

Outro aspecto da centralização refere-se à redução da autonomia político-administrativa dos concelhos[912].

Destaquei, noutro lugar[913], a autonomia política dos concelhos no sistema político do Antigo Regime. Uma autonomia discreta, não reivin-

[911] Note-se ainda que apenas a Igreja tinha uma cobertura administrativa de malha fina abaixo do nível municipal. Agora, com a extinção de centenas de pequenos concelhos (cf., abaixo, p. 183), o vazio da administração civil periférica se torna ainda maior, tornando-se mais aguda a necessidade de procurar apoio na administração eclesiástica.

[912] Sobre a temática da centralização, saliento, entre os últimos trabalhos, Luís Nuno Espinha da Silveira, João Ferrão, *Poder central, poder regional, poder local uma perspectiva histórica*, Lisboa, Cosmos, 1997 (nomeadamente os artigos de Espinha da Silveira, Amadeu Carvalho Homem e João Bonifácio Serra); deste último, ainda, João Bonifácio Serra, "As reformas da administração local de 1872 a 1910", *Análise Social*, 103-104(1988), 1037-1066; bem como, de um ponto de vista complementar, Pedro Tavares de Almeida, *Eleições e caciquismo no Portugal oitocentista (1868-1890)*, Lisboa, Difel, 1991.

[913] Cf. A. M. Hespanha, *As vesperas [...]*, p. 352 ss..

dicada doutrinalmente, mas extremamente eficaz no plano jurídico-institucional. Outros autores convieram nas mesmas conclusões, embora tenha sido realçado que, na segunda metade do século XVII (sobretudo pelo regimento das eleições municipais de 1670), se acentua uma intervenção da coroa, mais no sentido de garantir o poder das oligarquias locais do que, propriamente, de centralizar[914].

Para as correntes revolucionárias, o poder das câmaras tradicionais era um dos alvos a abater. Nas cortes vintistas[915], as posições oscilaram entre os que as queriam manter, mas «democratizadas», e os que as queriam substituir, mais ou menos claramente, por órgãos periféricos do Estado. Esta última foi a orientação que prevaleceu. A *Constituição de 1822* mantinha nas câmaras o governo «económico» dos concelhos, nele incluindo o tradicional poder de fazer posturas (artigo 223.°); mas criava, ao nível do distrito, órgãos administrativos estaduais (administradores-gerais), com atribuições de recurso em relação a todas as competências das câmaras. Ao mesmo tempo, abria-se (artigo 218.°) para uma reforma do ordenamento político-territorial, que também estava nos horizontes dos revolucionários, como forma de, pela constituição de novos espaços do poder, socavarem a implantação política das elites locais[916].

A *Carta constitucional* de 1826 é menos explícita, remetendo a regulação do governo local para lei especial (artigos 133 e segs.).

E há, de facto, uma lei especial – um dos três diplomas fundamentais das reformas financeira, administrativa e judicial de Mouzinho da Silveira, de 16 de Maio de 1832, Despacho n..° 23 –, que estabelece um novo sistema, em que as câmaras são despojadas de todos os poderes executivos, confiados agora a funcionários governamentais, e em que a elaboração de posturas passa a carecer de aprovação superior[917]. Apesar da fortíssima reacção das câmaras (também estudadas no citado trabalho de A. P. Manique) e da substituição da lei de Mouzinho pelo Código descentralizados de 1836 (Passos Manuel), foi a solução centralizadora que prevaleceu com o Código Administrativo de 1842 (Costa Cabral), que, embora consagrando a electividade das câmaras e do seu presidente, sujeitava todas as suas

[914] António P. Manique, *A reforma administrativa de Mouzinho da Silveira [...]*, cit., pp. 235 e segs..

[915] Sobre o "poder administrativo" nas cortes vintistas, cf., antes, cap. 8.7.1.

[916] Maria Helena da Cruz Coelho & Joaquim Romero Magalhães, *O poder concelhio [...]*, cit., pp. 57 e segs..

[917] Cf. António Pedro Manique, *Mouzinho da Silveira liberalismo e administração pública*, cit..

decisões à aprovação superior. Foi este o regime vigente até ao fim da monarquia, apesar de alguns retoques de sentido descentralizador na década de 70[918-919].

Em síntese, importa dizer, quanto a este aspecto, que com a política de centralização administrativa se obtêm dois resultados. Por um lado, desarticula-se um pólo periférico de poder. Mas, por outro, cria-se um dispositivo político: ao tornar disponíveis para o poder central algumas centenas (senão milhares) de cargos públicos distritais e concelhios, atribui-se ao poder central a possibilidade de disciplinar pela positiva, comprando fidelidades com cargos e alargando, assim, a rede da sua influência social. A isto nos referiremos adiante mais detidamente.

No domínio financeiro – cujo estudo foi ensaiado no referido trabalho de A. P. Manique – a legislação de Mouzinho conduziu também à asfixia dos concelhos, ao abolir algumas das suas fontes tradicionais de receita (nomeadamente, as sisas, de cujos «sobejos» retiravam as câmaras uma boa parte dos seus rendimentos). Disto se queixavam as câmaras, que, por um lado, se viam agora a braços com uma administração cara, mais baseada em oficialato assalariado do que em oficiais honorários ou pagos por emolumentos, e que, por outro, ficavam sujeitas a uma importante punção do Estado. Este não só deixava aos concelhos dispendiosas tarefas (v.g., a criação dos expostos, até 1836; as obras de pontes e estradas; o pagamento a médicos e cirurgiões), como ia aí buscar algumas receitas (v.g., as terças, até 1860, ou o subsídio literário, até 1857). O Código de 1836, confirmando legislação provisória anterior, sacrificou os objectivos de política fiscal geral à solvência das câmaras, repondo as faculdades tributárias destas. O Código Administrativo de 1842 e, sobretudo a Lei de 10 de Junho de 1843, voltaram a limitar a tributação local, fixando para as contribuições directas um tecto equivalente a 10% da décima de cada contribuinte; mas as suas determinações pouco foram levadas à prática.

Em suma, fracassada a reforma financeira de Mouzinho, que cortava aos concelhos importantes meios de financiamento, entrou-se numa situação em que à liberdade tributária das câmaras correspondia a sua oneração com importantes encargos. No saldo, a situação era, portanto, a de uma

---

[918] Sobre os órgãos administrativos territoriais, como "corpos administrativos", cf. Guimarães Pedrosa, *Sciencia da administração*, 94 ss..

[919] Sobre os magistrados administrativos "como delegados, imediatos e mediatos, do governo e sus representantes gerais nos distritos, concelhos ou bairros e paróquias" (situação nos finais do séc. XIX), v. Guimarães Pedrosa, *Sciencia da administração*, 85 ss..

asfixia financeira dos concelhos, que assim se viam impossibilitados de exercer muitas das suas atribuições e que apareciam aos olhos dos povos apenas como uma outra fonte de tributação. "Desgraçadamente – diz-se, em 1856, numa petição da Câmara de Águeda citada por A. P. Manique (*op. cit*, p. 341) – os povos actualmente quase não sabem se existem câmaras municipais senão pelos muitos tributos que para elas pagam, e que se somem como em sorvedouros, sem melhoramento notável na prosperidade local dos municípios". De facto, no todo das receitas fiscais, as câmaras cobravam 70% dos impostos indirectos e estes perfaziam, pelos meados do século, cerca de 60% da carga fiscal; com o que, combinados os números, era da responsabilidade dos concelhos quase metade da punção fiscal. O Estado obtém, assim, dois ganhos. Em primeiro lugar, opera uma castração política das câmaras, corroendo mesmo os apoios populares a uma política municipalista. Em segundo lugar, desonera-se de grande parte dos custos políticos e ideológicos da tributação, devolvendo-os para os concelhos.

No plano do ordenamento territorial, por fim, as reformas liberais tendem, progressivamente, a desarticular os espaços políticos locais, agregando concelhos. O número de circunscrições municipais desce continuamente, a partir da Revolução (Manique, 1986, pp. 185 e segs.: diploma fundamental, o Decreto n..° 65, de 28 de Junho de 1833). Mas, dado que a *Carta* parecia proibir a extinção de concelhos (artigo 133.), o grande golpe só é dado em 1836 (Decreto de 6 de Novembro de 1836), reduzindo-se os cerca de oitocentos concelhos dos finais do Antigo Regime a trezentos e cinquenta e um. Com isto, as manchas concelhias expandem-se, sem que as áreas de vida comum se tenham necessariamente ampliado. A comunicação administrativa torna-se mais difícil – como referem os protestos das câmaras, estudados por A. P. Manique –, sendo ainda dificultada pelo mau estado das estradas e pela insegurança da época. O aumento da área dos concelhos – acompanhado da extinção dos juízos de vintena – deixa, assim, «desequipado», do ponto de vista do poder oficial, o espaço político paroquial. Aí, as únicas «autoridades»" subsistentes serão os párocos.

Embora o aspecto não tenha sido estudado, é provável que esta reordenação territorial tenha tido, assim, importantes consequências políticas, algumas delas contraditórias com a estratégia da «centralização». Uma delas poderá ter sido a de fazer cair a procura dos órgãos do poder oficial (nomadamente, em matéria de justiça) e promovido formas espontâneas de organização (nomeadamente, de composição de conflitos), com o que se

poderá ter potenciado o peso de centros informais de poder, nas margens do poder oficial. Outro poderá ter sido o reforço do peso político dos párocos, cuja função de mediação política foi, por esta altura, reforçada, como já vimos.

11.4.8.4. *O Poder judicial*[920]

A *Carta constitucional de 1826* parece limitar um pouco mais a esfera de autonomia dos juízes, ao estabelecer, art. 119, que "Os jurados prenunciam-se sobre o facto, e os juízes aplicam *a lei*" (sublinhado meu). O artigo, porém, parece ter em vista, não tanto a questão das fontes de direito, mas antes a distinção entre as funções dos jurados e dos juízes. Tanto mais que a responsabilização dos juízes continua a limitar-se a casos de "abusos do poder e prevaricações", ou a "delitos e erros de ofício" (arts. 123 e 131). No entanto, há outros indícios que apontam neste sentido de um entendimento da função de julgar como dependendo de critérios mais alargados do que a simples observância da lei.

Assim. As atribuições do poder judicial não vinham expressamente previstas na *Carta*. Esta remetia, portanto, para uma definição doutrinal do seu âmbito de competências. Aqui, a *vexata quaestio* era a da distinção entre os actos de natureza "executiva" e os de natureza "judicial"[921].

Para o legalismo pós revolucionário[922], tanto os juízes como os membros do poder executivo tinham sido postos no mesmo plano em relação à lei. Uns e outros estavam sujeitos a ela e tinham como missão aplicá-la. Aparentemente, tanto para uns como para outros, esta nova doutrina teria implicado uma clara ruptura com o passado. Aos juízes, tê-los-ia transformado de "sacerdotes do direito" – autorizados a pronunciar o direito que estava fora da lei, ou mesmo acima da lei – em simples *longa manus* da lei, totalmente sujeitos aos seus preceitos. Para os administradores, a sua esfera de acção deixara de ser uma esfera liberta de direito e sujeita apenas a critérios de oportunidade – como tinha tendido a ser a

[920] Cf. Tit. VI; José Joaquim Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta [...]*, cit., II.1, 307 ss.; Marnoco e Sousa, *Direito político [...]*, 769 ss.; Trindade Coelho, *Manual político [...]*, cit., 539 ss.

[921] Cf., *infra*, cap., 11.4.8.3.2.

[922] Que vigorava também nas monarquias constitucionais, pois a prerrogativa régia apenas se podia exercer livremente no âmbito da lei.

esfera da *polícia* ou da *oeconomia* do Estado de polícia – para se tornar, também, numa esfera de legalidade, ou seja, numa esfera de acção ao mesmo tempo propulsionada e limitada pelos ditames da lei.

É justamente nas tentativas para distinguir a administração da jurisdição que se manifesta a diferença específica da função judicial. Esta teria a ver sobretudo com a *resistência* das situações tratadas. Se se tratava de acomodar entre si direitos firmes e invioláveis, por pertencerem àquele núcleo que ficara na mão dos particulares, uma vez constituída a sociedade civil – nomeadamente, os direitos civis da propriedade, a liberdade e da segurança –, a questão tinha natureza judicial. Se, em contrapartida, se tratava de, numa zona *livre de direitos inderrogáveis*, criar novas situações, a matéria era administrativa. "Trata-se de decidir – escrevia o constitucionalista Basílio Alberto de Sousa Pinto – a quem pertencem certas propriedades, cujo domínio é contestado? claro é que isto pertence ao Poder Judicial; porque são estas relações dos indivíduos entre si, cuja decisão depende da aplicação do Direito Civil. Trata-se pelo contrário de saber-se tal cidadão foi ou não legalmente eleito para um cargo público, outro deve ou não ser recrutado? claro é, que neste caso as relações dos interessados são para com a sociedade; pertence pois ao Poder Administrativo tomar conhecimentos do negócio"[923]. Lopes Praça adopta um critério semelhante: "Para saber-se quando o direito de um cidadão é contestado, se é a autoridade judiciária ou à administração que é competente é antes de tudo necessário [...] examinar qual é a natureza do direito questionado. É preciso averiguar se é um direito puramente civil, que pertence ao cidadão individualmente e de que usa como bem lhe parece; ou se é um direito público, isto é, um direito que só lhe foi concedido na sua qualidade de membro da sociedade toda e em proveito desta, e do qual não pode dispor portanto por mero arbítrio seu. No primeiro caso trata-se de um negócio judicial; no segundo, de um negócio administrativo"[924]. Ou seja, ao passo que ao administrador basta aplicar a lei, o juiz carece de ponderar valorações que se prendem com direitos naturalmente *inderrogáveis* (por lei), de que o cidadão usa livremente. Novamente, critérios de decisão mais complexos do que a simples aplicação da lei.

---

[923] Basílio Alberto de Sousa Pinto, *Análise da Constituição Política da Monarchia Portuguesa [de 1838]*, Coimbra, litografado, 1838, p. 218/219 (em A. M. Hespanha & Cristina Nogueira da Silva (org.) *Fontes para a história [...]*).

[924] J. J. Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta [...]*, cit. II.1., 309. Sobre o tema, *ibid.*, 307 ss..

Quando, nos finais do século, a ideia do carácter derivado dos direitos recebe um novo impulso, com as doutrinas organicistas, a distinção dogmática entre justiça e administração deixa de se referir à questão da natureza das situações subjectivas com que lida – à sua natureza de direitos civis irrevogáveis ou, pelo contrário, de meras utilidades precaria e livremente distribuídas pelo Estado. E passa a fazer-se a partir de critérios formais: os actos do poder executivo dirigem-se a factos futuros, ao passo que os do judicial têm por objecto factos passados; os primeiros são espontâneos ou oficiosos, os segundos dependem de pedido das partes; os primeiros são discricionários, decorrendo de juízos de oportunidade, enquanto que os segundos representam a aplicação estrita do direito[925].

A *Carta* – tal como outras constituições – deixa indefinida a questão da delimitação das competências do poder judicial, como que remetendo para critérios de competência a determinar doutrinalmente.

A importância política do silêncio sobre a distinção entre justiça e administração traduzia-se em que, ao deixar a definição do âmbito do judicial dependente da doutrina, a constituição cometia aos juristas um aspecto fundamental da garantia de direitos, permitindo-lhe resolver doutrinal e judicialmente – isto é, por meio de entidades e processos independentes do poder executivo – as questões que pertenciam ao âmbito vinculado da administração ou ao âmbito autónomo da justiça[926-927].

---

[925] Cf. José Frederico Laranjo, *Princípios [...]*, cit., 206; Marnoco e Sousa, *Direito político [...]*, cit., 78 (citando H. Barthélemy, *Traité élementaire de droit administratif*, pag. II; Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, p. 400 ss.; Artur, "Séparation des pouvoirs et des fonctions", *Revue de droit public*, I(1900), pag. 49).

[926] Já Manuel Borges Carneiro, nas cortes constituintes de '20 (sessão de 21.12.1821), reconhecera que, em matéria de delimitação do judicial e do executivo, "se quisermos dar nisto uma definição exacta teremos de descrever todas as atribuições, que a lei deu ou dará aos juízes. Não se pode pois conhecer verdadeiramente o que constitui a jurisdição característica de um juiz" (cit por Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta [...]*, cit., II.1, 308).

[927] Com este tema relaciona-se o da criação de uma justiça administrativa, o que, em Portugal, acontece com a lei de 3 de Maio de 1845 (Costa Cabral), que instituiu Conselho de Estado administrativo, com atribuições de alto contencioso administrativo. O dec. De 9.6.1870 (Duque de Saldanha) autonomizou o Conselho de Estado administrativo no novo Supremo Tribunal Administrativo, que ficou tendo a seu cargo o contencioso da administração em última instância; reorganizado pelo. dec. 29.7.1886 (José Luciano de Castro); cf. Trindade Coelho, *Manual politico [...]*, cit., 539 ss.. Cf., antes, cap. 11.4.8.3.2.

O desenho constitucional do poder judicial não oferece grandes singularidades. Os princípios clássicos da independência judicial[928] – garantida, nomeadamente, pela inamovibilidade (ou perpetuidade) dos juízes[929] –, do julgamento por júri[930], da responsabilidade dos agentes da justiça (arts. 118 e 119, remetendo para lei regulamentar especial), da publicidade e simplificação processual[931], da garantia do foro natural[932] e da garantia de recurso[933] estão consagrados.

Presentes estão, também, anteriores preocupações de redução do poder corporativo dos juristas, que já se tendo manifestado ainda antes da revolução, se mantiveram no primeiro constitucionalismo e se prolongaram na vigência da *Carta*. Nos finais do século XVIII, a linha de orientação era a de simplificar o processo, aproximando-o, progressivamente, do «processo natural», e diminuir a arbitrariedade dos juízes, reduzindo os seus poderes de livre estabelecimento e valoração dos factos, cerceando o seu arbítrio interpretativo e vedando-lhe todos os comportamentos abusivos, desleais e violentos em relação às partes, nomeadamente, em relação aos réus, em processo criminal (tortura, perguntas capciosas, etc.). Em Portugal, os sinais desta evolução encontram-se apenas nas obras doutrinais ou nos projectos legislativos (como o *Projecto de Código Criminal*, de Pascoal de Melo [1786]), pois a legislação não sofreu alterações. Com o liberalismo, o sentimento antiletrado polarizou-se em três questões – a

---

928 Art. 145, § 11.

929 Art. 120, prevendo, no entanto, a possibilidade de mudanças dos juízes, de acordo com a lei; art. 121, possibilidade da sua suspensão pelo rei; art. 122, garantia contra a perda de lugar.

930 Arts. 118 e 119: jurados tanto no cível como no crime, nos casos determinados por lei. Sobre a história do instituto em Portugal, Marnoco e Sousa, *Direito politico [...]*, cit., 778 ss..

931 Art. 126: público dos actos processuais; arts. 127-129, existência de juízes árbitros, de tentativa obrigatória de conciliação nas causas cíveis e de juízes de paz electivos, com as competências previstas na lei.

932 Art. 145, §§ 10 e 16.

933 Art. 125: recurso para as Relações. O recurso de revista, da competência do Supremo Tribunal de Justiça é um recurso extraordinário que, rigorosamente, não pertence à ordem do juízo (cf. art. 131, § 1). Sobre este, José Joaquim Lopes Praça, *estudos sobre a Carta [...]*, cit., 341 ss.; ainda, J. P. Sarmento de Queiróz, *Infancia do Supremo Tribunal de Justiça: ou a aliança da justiça com a politica*, 1850; Eduardo Dally Alves de Sá, *Supremo Tribunal de Justiça*, 1872; a lei de 19.1843 transforma o STJ numa terceira instância, afastando-o do modelo do Tribunal de Cassação, apenas dedicado a conhecer das revistas por ilegalidade.

da admissão do júri, a do âmbito das instituições não judiciais de resolução de conflitos e a das magistraturas electivas.

Quanto ao júri, ele era considerado pelo pensamento liberal como uma das garantias basilares da liberdade civil. Por isso, foi admitido facilmente em 1822 (*Constituição de 1822*, artigos 177 e 178; *Carta de 1826*, artigos 118 e 119)[934], como instância de apuramento dos factos, tanto nas causas cíveis (onde a sua intervenção foi, todavia, menos pacífica) como nas causas crime, embora a concretização do seu regime fosse deixada para a lei ordinária. Foi o que fez a reforma judicial de Mouzinho (Decreto n.° 24, de 16 de Maio de 1832), tornando obrigatória a sua intervenção em todas as causas, na decisão da matéria de facto. A limitação das funções do júri à apreciação da matéria de facto era, já de si, uma solução moderada, pois deixava aos juízes de direito aspectos decisivos da questão. Todavia, o júri – sobretudo no cível – era objecto de críticas severas, baseadas no tecnicismo das questões jurídicas e na falta de aptidão dos leigos para lidar com elas, mesmo nos aspectos de facto.

A partir da *Nova Reforma judiciária*, de 1836, o júri começou a perder terreno. No cível, a *Nova Reforma Judiciária* subtraiu-lhe um grande número de causas (sumárias, fiscais, aquelas em que os factos se encontrassem provados por documento, etc.). A *Novíssima Reforma Judiciária* (21 de Maio de 1841) vibrou-lhe um golpe decisivo, ao sujeitar a sua intervenção ao acordo das duas partes (artigo 304.°). O *Código de Processo Civil de 1876* (*Carta* de Lei de 8 de Novembro), por fim, exigia o acordo expresso das partes (artigo 401.°), o que, praticamente, levou à sua abolição. No crime, a resistência do júri foi maior, apesar de algumas restrições, nomeadamente quanto à sua intervenção em julgamento de crimes a que correspondesse a pena maior[935]. No processo comercial – onde se entendia que o «tecnicismo» jogava ao contrário (era antes o dos comerciantes que o dos juízes) –, o júri manteve-se, plenamente, até 1890

---

[934] Cf. J. J. Lopes Praça, *Estudos [...]*, cit. I, pp. 316 e segs.; José Alberto dos Reis, *Organização judicial [...]*, cit., pp. 216 e segs.. Outra bibliografia sobre a emblemática questão do júri: Francisco Alberto Teixeira de Aragão, *A instituição do jury criminal*, Rio de Janeiro, Typ. de Silva Porto, 1824; Ferraz, J. D. M, *Exame sobre o jury em que se analysa a historia e theologia d'esta instituição*, Pariz, Casa de Rey e Cravier, 1834; *Resumo historico da instituição do jury*, [S.l., s. n., 1844, [H.G. 20996//3 P.]; *O jury e sua conveniencia politica, politico-moral, e civil, sua influencia civilisadora, e o motivo do seu descripto no nosso Reino*, Coimbra, Imprensa do Trovão, 1844; Duarte, Inocêncio de Sousa, *O jury portuguez manual dos cidadãos jurados*, Porto, Casa de Cruz Coutinho, 1865.

[935] Decreto n.° 2, de 29 de Março de 1890.

(Decreto n.° 6, de 29 de Março, que permitiu que as partes a eles renunciassem).

No que respeita a formas não judiciais de resolver os conflitos, o liberalismo português reflecte aquilo a que um representante do pensamento jurídico letrado chamará, mais tarde, «as utopias dos enciclopedistas e da Assembleia Constituinte francesa sobre a tentativa de conciliação»[936].

A *Constituição de 1822* previa a existência de juízes de paz, encarregados de comporem amigavelmente os litígios (artigos 194.° e 195.°), e a *Carta* dispunha que «sem se fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação não se começará processo algum» (artigo 128.°; v. ainda os artigos 127.° e 129.°), disposição que passa para *Reforma Judiciária* de 1832 (artigo 7.°). Mas, a partir da *Nova Reforma*, multiplicaram-se as excepções à obrigatoriedade da tentativa de conciliação, com o quase geral aplauso da opinião jurídica letrada[937], que, sobretudo, considerava inadmissível a intervenção, aqui, dos juízes de paz, leigos («Como é que estes magistrados, com uma cultura modesta e uma prática judiciária insignificante, hão-de proveitosamente elucidar os litigantes sobre os inconvenientes do pleito», pergunta-se José Alberto dos Reis[938]. A mesma evolução apresenta a instituição do juízo arbitral – isto é, escolha pelas partes de uma pessoa que sirva de árbitro no litígio –, amplamente admitida entre 1832 e 1837, mas sucessivamente restringida depois (cf. *Código de Processo Civil* de 1876, artigos 357.° e 362.°, «pessoas que possam livremente dispor dos seus bens», «questões sobre que possa transigir-se»), como traduzindo «uma desconfiança ilegítima contra os magistrados oficialmente incumbidos da administração da justiça, desconfiança que o legislador, em vez de sancionar, deve antes corrigir»[939]. Como instituições parcialmente alternativas das magistraturas letradas, subsistiram apenas, em zonas das relações sociais caracterizadas por formas muito específicas de regulamentação, alguns tribunais especiais, participados por leigos – a Câmara de Corretores da Bolsa, os tribunais de árbitros-avindores (para as relações de trabalho, Lei de 14 de Agosto de 1889), os tribunais marítimos[940].

---

[936] José Alberto dos Reis, *Organização judicial [...]*, cit., pp. p. 104.

[937] Cf. José Alberto dos Reis, *Organização judicial [...]*, cit., pp. 106 e segs.

[938] Cf. José Alberto dos Reis, *Organização judicial [...]*, cit., pp. 107.

[939] José Alberto dos Reis, *Organização judicial [...]*, cit., p. 111; cf. também, com outra orientação, J. J. Lopes Praça, *Estudos [...]*, cit. I, pp. 335 e segs..

[940] José Alberto dos Reis, *Organização judicial [...]*, cit., pp. 116 e segs..

No que respeita, finalmente, às magistraturas electivas, a organização judiciária liberal manteve-as nas primeiras constituições, não só porque era materialmente impossível substituir os juízes ordinários herdados do Antigo Regime (em cerca de setecentos concelhos), como porque isso estava de acordo com os tópicos anti-letrados. Em contra-partida, confluíam nos juízes eleitos (os antigos juízes ordinários das câmaras do Antigo Regime) todas as restrições postas à velha autonomia municipal. Os juízes electivos são, assim, apanhados entre duas correntes; por um lado, eram o corolário de uma plena democratização do direito e da vida judiciária; mas, por outro, eram restos suspeitos do pluralismo político pré-estatal. Daí que, na estratégia vintista, se prefira democratizar a justiça pela instituição do júri a fazê-lo pela defesa das magistraturas electivas.

Embora as tenham mantido – a *Constituição de 1822*, explicitamente (artigos 180.°-181.°, juízes electivos), a *Carta Constitucional de 1826* implicitamente (cf., todavia, o artigo 75., 3) –, as primeiras constituições, bem como *a Reforma Judiciária* de 1832, reduzem drasticamente os seus poderes, configurando-as à maneira dos antigos juízes pedâneos.

Porém, logo após a vitória definitiva dos liberais, as magistraturas electivas são consideradas como esteio do miguelismo e extintas (Lei de 30 de Abril de 1835). A *Nova Reforma de 1837* repô-las, situação que foi mantida pela *Novíssima* (1841). Em 1855 (Lei de 18 de Julho) são extintas as das cabeças de comarca; em 1867, uma lei que não chegou a ser executada (Lei de 27 de Junho) extingue-as de todo. Em 1869, o Decreto de 28 de Dezembro torna os juízes ordinários em magistrados de nomeação régia; e, finalmente, a Lei de 16 de Abril de 1874 e o Decreto de 29 de Junho de 1886 extinguem-nos definitivamente[941]. Fosse como fosse, a eleição dos magistrados locais, era processada segundo um método eleitoral bastante restritivo: se os eleitores rondavam os 8 % da população, os elegíveis para cargos municipais, como estes, raramente excediam 1%[942].

Apesar de todas as garantias de independência da magistratura, a opinião corrente não era tão lisonjeira. Céptico quanto ao alcance real das

---

[941] Cf. José Alberto dos Reis, *Organização judicial: lições feitas ao curso do 4 ano jurídico de 1908 a 1909*, Coimbra, J. A. Reis, 1909, pp. 80 e segs.; J. J. Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta [...]*, I, pp. 329 e segs.).

[942] No distrito de Viana, em 1857, apenas 1,4 % da população era elegível para cargos municipais (para deputados, 1,2 %); cf. *Relatorios sobre o estado da administração publica nos districtos administrativos do continente do Reino e ilhas adjacentes em 1858. Viana do Castelo*.

excelências da magistratura cartista, nomeadamente quanto à sua independência, se mostra, por exemplo, Trindade Coelho:

> "O poder judicial é independente (*Carta*, art. 118.°); e sem embargo das causas legais que conspiram contra a independência do poder judicial, este é, ainda hoje, um dos mais respeitáveis do Estado. Com efeito, a independência do poder judicial vai sendo mais nominal do que efectiva. Os magistrados que o constituem não só são nomeados pelo poder executivo, art. 75.° § 3.°, mas são colocados nesta ou naquela comarca (melhor ou pior sob o ponto de vista económico ou da situação geográfica) à mercê, exclusivamente, da vontade do respectivo ministro, ou seja do poder executivo; e conquanto inamovíveis durante seis anos, salvo nos casos e termos legais, tem-se visto alterar a classificação de uma ou outra comarca só para o efeito de desalojar dela o respectivo juiz, que por algum motivo não agrada à política. Acresce que os juízes se vêem forçados a fazer obra constantemente por decretos inconstitucionais do poder executivo, para evitarem o ser incomodados; – que as suas sentenças em matéria crime podem ser revogadas pela acção privativa do poder moderador; – que as suas próprias decisões em matéria cível são, não raro, contrariadas pelo executivo, quando tais decisões afectam o Estado em benefício dos direitos do cidadão; – que em relação a várias categorias de funcionários a acção judicial criminal depende de autorizações do governo, Código Administrativo, art. 431.° (garantia administrativa); etc. – E, como se tudo isto não bastasse, a própria função de julgar tem sido cometida, não só a tribunais e estações especiais de variadíssimas categorias, estranhas ao poder judicial, mas inclusive a funcionários do poder executivo, de bem inferior situação na escala hierárquica, e portanto sem habilitações"[943].

Mais adiante, veremos como a organização judicial é apanhada no vórtice da governamentalização do poder e geralmente considerada como mais uma peça da tirania do Estado sobre os cidadãos[944].

---

943 *Manual político [...]*, cit., 529.

944 Cf., adiante, cap. 13.

12. A CONSTITUIÇÃO DE 1838

12.1. **Contexto histórico**

A *Constituição de 1838* foi uma consequência da Revolução de 9 de Setembro de 1836, que dava voz aos sectores democráticos. Para estes, a *Carta* era uma solução politicamente recuada, um compromisso com o princípio monárquico, devendo ser substituída por uma constituição que consagrasse claramente a soberania nacional, que limitasse a prerrogativa régia e que não estabelecesse um dualismo no seio da representação nacional. O modelo em vista era o da *Constituição de 1822*, em que a representação nacional estava entregue unicamente ao legislativo, composto apenas de uma câmara, e liberto do veto real absoluto.

As cortes constituintes foram convocadas para elaborar uma nova constituição, adoptando como modelo a *Constituição de 1822*, e introduzindo nestas as modificações que se mostrassem convenientes (dec. de 8.10.1836). O objectivo era – segundo um outro dec. de 6.11.1836, a elaboração de uma lei fundamental que assegurasse a liberdade legal da Nação e as prerrogativas do trono constitucional e que estive em harmonia com as monarquias constitucionais da Europa[945]. Os trabalhos constituintes incidiram sobre um projecto, da autoria de uma Comissão parlamentar[946], tendo decorrido entre 24.4.1837 e 20.3.1838.

---

[945] Quase ao mesmo tempo, em Espanha, produzia-se um fenómeno constituinte paralelo, convocando-se cortes para elaborar uma constituição – que virá a ser a de 1837 – que substituísse o *Estatuto real*, também ele outorgado (embora ainda menos liberal do que a *Carta*).

[946] Embora tivesse havido projectos de deputados (pelo menos dois, um de Lima Leitão, (António José de Lima Leitão, *Projecto de uma Constituição de Portugal no ano de 1837. Esboçado pelo Dr. [...] Lente da Clinica Medica, Hygiene Publica e Medicina Legal da Escola Medica Cirurgica de Lisboa; Deputado as Cortes de 1823 por Goa e as Cortes de 1826, pelo Algarve*, Lisboa, Impr. de J. M. R. e Castro, 1837, 57 pp.; cf., sobre ele, José Gonçalo Santa Rita, "As disposições coloniais projecto em um para a constituição de 1838", em *Boletim Geral das Colónias*, 19(1943), n.° 214, 27-37 (referência, também,

Os principais traços desta constituição são: (i) a declaração expressa do carácter nacional da soberania; (ii) o regresso à divisão dos poderes em três; (iii) a adopção do sistema bicameral, sendo a câmara alta constituída por membros electivos e temporários, e a câmara baixa por deputados eleitos por sufrágio censitário, mas directo; (iv) a abolição do Conselho de Estado.

Apesar das suas origens radicais, a Constituição não consubstancia as soluções propostas pelo partido "nacional" (ou "patriótico"), antes representando um compromisso, mais favorável até às correntes românticas moderadas, historicistas e "doutrinárias"[947] que, passados os anos imediatos à revolução de Setembro, já dominavam a cena político-parlamentar.

A constituição está em vigor até 27.1.1842, data em que um golpe de Estado, chefiado por Costa Cabral, restaura a *Carta*[948].

12.2. **O constitucionalismo doutrinário**

A Constituição de 1838 inscreve-se num novo ciclo da história constitucional portuguesa.

Do ponto de vista da conjuntura doutrinal, é contemporânea da fase mais viva de afirmação do liberalismo aristocrático dos "doutrinários" (cf. *supra*, 11.2.1). Ou seja, daqueles que, aceitando os principais dogmas do liberalismo – reconhecimento da soberania nacional, garantia das liberdades civis e políticas, carácter representativo do poder –, partiam de uma antropologia social elitista que, no plano constitucional, concebia a nação como um conjunto desigual e hierarquizado de cidadãos, distinguia o reco-

---

em Abílio José Salgado, "António José de Lima Leitão [...]", cit.; agora publicado em António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva, "Fontes para a história constitucional" [...], cit.), e outro de Manuel Santos Cruz, *Projecto de modificações à Constituição de 1822*, Lisboa, Palácio das Cortes, 1822 (cf. António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva, *Fontes para a história constitucional* [...], cit.)..

947 De que são representantes, Mouzinho da Silveira, Almeida Garrett e Alexandre Herculano.

948 A restauração é formalizada pelo dec. de 10.2.1842, que mandava convocar cortes com poderes de revisão da Carta. No discurso da Coroa que abriu a sessão das Cortes (em Julho de 1842), a Rainha, porém, põe de parte essa promessa, considerando que a Carta Constitucional da monarquia tinha sido restabelecida "pelo voto nacional, espontaneamente manifestado». Sobre a polémica política subsequente, v. Manuela Tavares Ribeiro, "A restauração da Carta [...]", cit.; cf. ainda Fernando Catroga, "A Maçonaria e a restauração da Carta [...]", cit..

nhecimento universal de direitos civis da concessão parcimoniosa de direitos políticos e, com isto, afunilava o sistema representativo.

No centro da agenda doutrinal deixa de estar a oposição entre absolutistas e liberais, entre legitimistas e constitucionais, entre a soberania de direito divino e a soberania nacional. O liberalismo elitista aceita o respeito dos direitos civis e políticos, a existência de uma constituição e a soberania nacional. Só que restringe o acesso aos direitos políticos em função dos talentos, virtudes e serviços, vincula a constituição à ordem social concretamente estabelecida, distingue entre Nação e o conjunto dos cidadãos.

12.2.1. *Direitos civis e direitos políticos; as modulações da cidadania*

A construção dogmática desta sociedade liberal hierarquizada parte da distinção entre direitos civis e direitos políticos[949]. Os primeiros decorrendo da natureza e apenas reconhecidos ou garantidos pela lei, os segundos concedidos pela mesma lei, na medida em que isso fosse necessário para a protecção dos primeiros[950]. Os direitos civis eram, assim, o princípio e o fim da ordem política: estavam antes dela, careciam dela para se manterem, e constituíam o seu objectivo último.

> Note-se que, apesar deste seu carácter primitivo, imprescritível e irrevogável, os direitos civis careciam da sua sociedade política para se tornarem efectivos. E, neste sentido, não existiam *efectivamente*: (i) senão para os membros de uma associação política e (ii) apenas na medida em que fossem reconhecidos pelas leis desta. Daí que, quanto à sua efectiva protecção, os direitos dos que não tivessem pactado a sociedade política (ou dos que tivessem abjurado o pacto)[951] não se impusessem à lei senão na medida em que esta os reconhecesse graciosamente.

Já os direitos políticos tinham uma função apenas secundária e instrumental – a de garantir que o governo político não se desviava do seu fim

---

[949] Sobre este tema, nas constituições anteriores, caps. 7.1.2 e 11.4.3.

[950] "A liberdade, a segurança, e propriedade constituem seus imprescritíveis direitos civis e políticos [...] constituem os direitos a que chamamos civis, mas os políticos não consistem nisto, mas em mais alguma coisa" (Dep. Leonel Tavares Cabral, disc. art. 10, 2 do *Projecto* de Constituição, *DCGC. 1837-1838*, II, 334-5).

[951] Como os estrangeiros ou os rebeldes.

de garantir os direitos civis. Constituíam, por outras palavras, o meio que os titulares dos direitos civis tinham ao seu dispor para designar representantes que instituíssem governo e leis liberais – ou seja, respeitadores dos direitos civis.

> "O fim da sociedade é garantir os direitos individuais e não gozar dos direitos políticos porque estes não são senão meios para melhor conseguir aqueles. O homem não se reuniu em sociedade fazendo o sacrifício de parte dos seus direitos naturais para ir votar nas Assembleias, seguir os empregos públicos. O fim que o dirigiu foi a garantia dos seus direitos individuais de segurança, liberdade e propriedade. Por isso, aquele que tem somente em vista gozar na sociedade os direitos políticos, é um perturbador da sociedade, um cidadão turbulento, um inimigo da pátria, o que já não acontecerá se considerar o gozo desses direitos políticos somente como um meio de garantir os seus direitos individuais e os dos seus concidadãos, para o que não é necessário fomentar dissenções, subornar votos, acender o hediondo facho da guerra civil, e levar a pátria à dissolução social[952].

A aceitação do pacto político constituía uma condição necessária (mas, neste caso, não suficiente) para o gozo de direitos políticos.

> "[...] Existe um pacto nacional: é a Constituição de 22; quem rejeita este pacto pode ser representante da Nação? não. Há mais, nem cidadão activo português fica sendo; quem nos diz "eu não adiro ao vosso pacto" não é da nossa associação constitucional, renuncia seus direitos políticos; fica debaixo da protecção das nossas leis civis, sim, é um cidadão passivo, é um estrangeiro para tudo o que são efeitos representativos" (Dep. Santos Cruz, *DCGC* (1837-1838), I, 34)[953].

Nestes termos, o pacto político (ou constituição) vem a ter duas funções: por um lado, a função (passiva) de garantir os direitos civis e, por

---

[952] Basílio A Sousa Pinto, *Análise da Constituição de 1838, em António M. Hespanha e Cristina N. Silva, Fontes para a história constitucional [...]*, cit., Lição 10.

[953] "Mas qual é a consequência da não adesão ao novo pacto [que substitui um anterior que se rompeu]? É, *pelo menos*, a perda de direitos políticos. Quem não adere à lei fundamental de uma nação não pode reputar-se membro dela: e quem não é membro de uma Nação também não pode gozar dos direitos políticos que aquela qualidade lhe conferia" (Dep. Silva Sanches, *DCGC, 1837-1838*, I, 34). É conveniente, para contextualizar esta rotunda afirmação, que ela se insere numa atitude polémica contra os absolutistas (ou até contra os cartistas intransigentes, que teriam recusado o valor "constituinte" da revolução de 1836).

outro lado, a função activa de de conceder os direitos políticos adequados à organização de um governo que salvaguarde os primeiros. A primeira função é passiva, não podendo contrariar o elenco dos direitos naturais, nem para mais, nem para menos. A segunda é activa, pois cria os meios de garantia dos direitos civis, podendo ser avaliada quanto ao modo como o faz [954].

Era justamente esta referência ao pacto que permitia distinguir várias classes de sujeitos políticos. Uns eram os que não tendo participado no pacto, estavam excluídos tanto dos direitos políticos como dos direitos civis, embora as leis civis lhes pudessem proteger, por concessão graciosa, os seus direitos civis. Outros, os que, tendo participado no pacto político, por serem titulares de direitos naturais, tinham protegidos os seus direitos civis, carecendo, porém, do discernimento necessário para ter voz na organização do governo político. Finalmente, alguns eram capazes não apenas para serem titulares de direitos civis, mas também de decidir acerca do governo e das leis.

> "[...] Pode um homem qualquer considerar-se em uma de três situações, ou naquela em que se acha um estrangeiro, ou naquela em que se acha uma pessoa em quem ninguém considera certas faculdades, ou naquela em que todos admitem faculdades, que se não conhecem em outrem. Ninguém reconhece nas mulheres, ninguém reconhece nos menores, ninguém reconhece nos dementes o direito de votar e ser votado; ninguém os julga habilitados para exercerem aquilo que se costumam chamar direitos activos, e que são direitos de cidadão, os direitos políticos [...] É princípio recebido em toda a Europa que todo o governo pode mandar sair do seu território qualquer indivíduo cuja residência nele lhe não convenha; mas é inegável também que este indivíduo tem certos direitos, como dispor da sua propriedade, ser-lhe garantida a sua vida, etc.; mas estes direitos não são considerados como direitos de cidadão, quer activos, quer passivos. Nas mulheres, nos menores e nos dementes existem direitos de cidadão, mas são os que se chamam passivos; e nos homens, que não têm impedimento algum, existem os activos" (Dep. Leonel, Cortes 1837)[955].

---

[954] "Há [...] em toda a Constituição, duas partes: uma é a declaração de direitos, que nenhum legislador homem dá ou concede, e que não faz mais do que reconhecer e declarar; a outra parte, que é o modo de efectuar o exercício desses direitos, é onde entra a obra do legislador humano; e a sua obra será boa ou má, segundo aqueles princípios ficarem ou não ilesos" (Almeida Garrett, *DCGC*, *1837-1838*, II, 14).

[955] Discussão do art. 8.° do *Projecto* de Constituição, *DCGC*, *1837-1838*, II, 333.

Assim, o governo político estava entregue a uma aristocracia, não *de casta* ou *de sangue*, mas *nacional*. Não a velha aristocracia de Antigo Regime, cuja participação política visava *garantir os seus privilégios particulares*; mas uma aristocracia do mérito, do talento e da virtude, capaz de discernir a melhor fórmula de defender os interesses *de todos*, os interesses da Nação. Os critérios de identificação desta elite eram problemáticos. Uns mediam-na pelo êxito proprietário, pela riqueza; outras, porém, adoptavam critérios mais alargados, por vezes muito próximos da ideia de mérito da sociedade tradicional:

> "A minha aristocracia é a dos *notáveis* de qualquer nação, por seus talentos, virtudes e serviços; e nesta minha ideia eu uno o presente ao passado; quero dizer que em uma monarquia, em que de facto e de direito já existe uma classe ilustre pelos altos feitos de seus maiores, identificada com os triunfos e as glórias da nação; de que uma boa parte, ao menos, ao lado dela, ou à testa dos seus exércitos combateu com honra pela conquista de sua liberdade, que por ela sem murmurar sacrificou sua fortuna; essa classe não deve ser *desconsiderada* [...]"[956].

A estas posições quanto à natureza dos direitos de cidadania e quanto à sua titularidade corresponde uma teoria específica da soberania. A soberania, concebida como o conjunto dos direitos políticos, tem por sujeito a Nação, mas concebida esta como um todo, e não apenas como a agregação de todos os nacionais. Daí que a Nação possa, pelo pacto constitucional e pelas leis, atribuir desigualmente os direitos políticos, introduzir diferenças políticas entre os nacionais, pois o exercício dos direitos políticos (de eleger, de ser eleito) apenas constitui a realização de uma função pública, a ser desempenhada por quem tenha capacidade para tal. Neste sentido, a maioria não vale pelo seu peso numérico, vale pela maior probabilidade que a opinião do maior número tem de ser conforme à razão. Por isso é que, para os doutrinários, a democracia só é legítima se manifestar uma *logocracia*, um império da razão.

> "A maioria da nação – disse o mesmo deputado nas cortes constituintes – é que constitui a vontade nacional; é atributo indispensável dos governos livres o serem as nações regidas pelas maiorias; mas a vontade das maiorias deve ser determinada por uma razão geral, ilustrada, reflectida e

[956] Dep. Lourenço José Moniz, *DCGC*, *1837-1838*, II, 44. Este ponto de vista satisfazia não apenas a nobreza tradicional, mas também os "companheiros de D. Pedro", ou seja, os combatentes da facção liberal.

desafrontada da influência das paixões criminosas. A maioria não é meramente a superioridade numérica: Deus nos livre dessa maioria desamparada do farol da razão e da justiça. A primeira, que representa a vontade e razão nacional deve ser soberana; a ela sujeito a minha vontade porque ela concorda com a minha razão, e porque a vontade e razão de tantas assim constituída deve valer mais que a minha. Mas à segunda, a essa maioria dos números, cega pela ignorância, arrebatada pelas paixões, não darei jamais voluntariamente o meu assento. Ela mete-me mais medo que todos os tiranos do mundo; porque ela representa a tirania dos muitos, com tudo o que pode tornar odiosa e terrível tirania"[957].

Ao passo que, no plano doutrinal, Basílio Alberto de Sousa Pinto, um dos únicos professores de direito constitucional cujas lições incidem sobre a Constituição de 1838, não hesitou em considerar a soberania limitada pela razão e a tirar daí as consequências correspondentes:

"Se as leis devem ser filhas da razão, aqui temos a soberania necessariamente limitada pela mesma razão, e não absoluta. Dissemos que a Lei não pode ser em caso algum efeito da vontade de todos, e o motivo é óbvio, visto que devendo elas ser reguladas pelo que é de razão, nunca poderão ser obra de todos, porque ainda que todos possam ter uma vontade, ainda os loucos, e os mais ignorantes, o mesmo não pode dizer-se a respeito da razão que falta nos furiosos, mentecaptos, ignorantes. Ora sendo além disso limitada a inteligência de todos os homens, ainda a dos mais ilustrados, é por conseguinte limitada a sua razão, devendo as Leis ser obra desta, não pode existir soberania absoluta, e portanto nem o povo a tem, nem pode delegá-la. Concluiremos pois que a soberania, ou a consideremos dimanada imediatamente de Deus, ou imediatamente dos povos, há-de ser sempre limitada e jamais absoluta. Diz o artigo que ela reside essencialmente na nação, isto é, que da nação é que a soberania provém imediatamente. Nação, como conjunto dos cidadãos ilustrados. Pelos princípios expendidos devemos todavia entender, que nem todos podem exercê-la, mas só, e simplesmente aqueles que forem dotados de uma razão ilustrada" (Basílio A Sousa Pinto, *Análise da Constituição de 1838*, em DVD "Fontes para a história constitucional [...]", lição 24).

A Nação não é, portanto, o produto abstracto da concorrência de vontades iguais de indivíduos considerados individualmente. É antes uma sedimentação das relações continuadas de indivíduos diferentes, organi-

---

[957] Lourenço José Moniz, *DCGC. 1837-1838*, II, 43.

zados de acordo com a sua diversa índole, com os hábitos da tradição, com as distintas aquisições da civilização. Esta densidade histórico-concreta da constituição da nação faz com que a sua organização escape ao arbítrio da vontade, tornando obrigatório o respeito de princípios constitucionais não escritos.

> "Eu não sou um retroactor e protesto, Senhores, que o tenho provado toda a minha fraca vida, e hei-de continuar a prová-lo! Mas, embora uma Constituição se escreva num papel, e embora as maiores somas de liberdade se ponham nesse papel, se a Constituição escrita não for acomodada na prática aos usos e costumes dos povos, a Constituição há-de ficar no papel"[958].

O facto de os cidadãos terem diferentes esferas de direitos políticos e, por isso, oportunidades distintas de participação política, não prejudicaria a unidade e indivisibilidade da soberania, não significaria restaurar o privilégio ou criar o espírito de facção, pois a Nação permanecia una, embora fosse fonte ou origem de uma multiplicidade de funções políticas desiguais. Voltava a ter sentido a ideia de que a unidade nacional devia ser realizada pela harmonia do todo e representada, não pelo voto de todos os membros, mas apenas pelo voto das cabeças, daqueles que, pela ordem natural das coisas, melhor podiam discernir a lógica do todo; ou que, pela sua notoriedade, melhor podiam representar esse todo. Daí a força que adquire agora a ideia de conciliação, em torno dos princípios dos "homens de bem", não possuídos pelo "espírito de facção" e capazes de dominar as emoções e o egoísmo[959].

Realmente, não era muito o que, dos direitos políticos, ficava sendo universal, apesar do rol exaltante que Almeida Garrett faz das prerrogativas do povo[960]. Por isso é que, para quem – como o deputado Santos da

---

958 Almeida Garrett, *DCGC. 1837-1838*, II, 13. Sobre a impossibilidade de seguir rígidos modelos matemáticos na reflexão política, v., do mesmo autor, *DCGC. 1837-1838*, I, 66.

959 Daí também que a "moderação", ou "conservação", deva resultar, não de um poder político institucionalizado – como o poder moderador –, mas de um sentido de equilíbrio, conciliação e compromisso, que deveria percorrer todo o corpo político, incluindo os três poderes do Estado Quanto aos poderes formais, era esta a proposta de Silvestre Pinheiro Ferreira, como se viu (cf., antes, cap. 12.2.1); no mesmo sentido, Almeida Garrett, Garrett, *DCGC. 1837-1838*, II, 16

960 "Mas, com todas essas divisões e equilíbrios de princípios e poderes, o que fica para o povo? Tudo quanto ele pode exercer por si, respondo eu, tudo quanto lhe não é for-

Cruz – considerasse a participação política como um direito universal, equiparável aos direitos civis, esta diversidade de estatutos políticos – constitucionalmente traduzida no censo e, sobretudo, na existência de uma câmara alta – constituía uma quebra do princípio da unidade nacional e da indivisibilidade da soberania.

> "O projecto tem, disse [um seu defensor], os direitos de soberania [nacional], porque ali tem os direitos de propriedade, de segurança e de liberdade. Ah, Senhores!, que simplicidade ou que sofisma! Não são tal. Isso são direitos civis, faltando-lhe os políticos. A sua soberania é a das prerrogativas e das classes, não é a indivisível e nacional. O projecto, disse, tem representação nacional em duas câmaras. Não tem tal! Essa segunda câmara (ou câmara à parte) não é a representação da nação, é a representação do privilégio, porque uma parte não é soberana separada da generalidade. Enfim, Senhores, o Projecto não é a Constituição, é a prescrição da Constituição; é menos política que a *Carta*, porque ilude a declaração de direitos; porque confunde a divisão dos poderes; porque até cora a anomalia, uma opressão, uma nova classe, uma raça aristocrática, senatória, que nem ao povo nem à nobreza satisfaz"[961].

Consequentemente, o mesmo deputado reagia assim à desigualdade da representação:

> "[...] Representação à parte, Soberania à classe, ou Privilégio, jamais; entrem na representação geral, porque os direitos são iguais, e não digam que a propriedade deve ser representada; não me perguntem que tem a representar o Proletário? Porque eu lhes respondo: que tem uma vida, que

---

çoso delegar. Nem é tão pouco isso. As funções eleitorais, reservou-as todas ou quase todas para si o povo (digo quase todas, porque não quero excluir o método indirecto em certos caos. Das funções legislativas, reservou-se para si parte suficiente na administração municipal. Das judiciais ficaram-lhe precípuas todas, ou quase todas, uma vez estabelecido o princípio do juízo pelos pares [...]. Sobre o executivo, de que lhe era impossível reservar nada, porque o não podia verificar [...] o povo ficou com um meio de moderação e fiscalização formidável. A opinião e a imprensa", Almeida Garrett, *DCGC. 1837-1838*, II, 20.

[961] Críticas do dep. Santos Cruz ao *Projecto* oficial, *DCGC. 1837-1838*, I, 199 (cf. também, em *O Nacional*, n.º 737, 22-5-1837); justificação do seu próprio projecto, *DCGC. 1837-1838*, II, 174; Críticas do dep. Costa Cabral (mais ou menos no mesmo sentido: contra o veto absoluto e o bicamaralismo; contra a divisibilidade da soberania, *DCGC. 1837-1838*, II, 11). A apologia do *Projecto* oficial de constituição foi feita, por exemplo, por Almeida Garrett, *DCGC. 1837-1838*, II, 14-20; ou pelo dep. José Inácio Pereira Derramado, *DCGC. 1837-1838*, II, 14-20, I, 209.

zados de acordo com a sua diversa índole, com os hábitos da tradição, com as distintas aquisições da civilização. Esta densidade histórico-concreta da constituição da nação faz com que a sua organização escape ao arbítrio da vontade, tornando obrigatório o respeito de princípios constitucionais não escritos.

> "Eu não sou um retroactor e protesto, Senhores, que o tenho provado toda a minha fraca vida, e hei-de continuar a prová-lo! Mas, embora uma Constituição se escreva num papel, e embora as maiores somas de liberdade se ponham nesse papel, se a Constituição escrita não for acomodada na prática aos usos e costumes dos povos, a Constituição há-de ficar no papel"[958].

O facto de os cidadãos terem diferentes esferas de direitos políticos e, por isso, oportunidades distintas de participação política, não prejudicaria a unidade e indivisibilidade da soberania, não significaria restaurar o privilégio ou criar o espírito de facção, pois a Nação permanecia una, embora fosse fonte ou origem de uma multiplicidade de funções políticas desiguais. Voltava a ter sentido a ideia de que a unidade nacional devia ser realizada pela harmonia do todo e representada, não pelo voto de todos os membros, mas apenas pelo voto das cabeças, daqueles que, pela ordem natural das coisas, melhor podiam discernir a lógica do todo; ou que, pela sua notoriedade, melhor podiam representar esse todo. Daí a força que adquire agora a ideia de conciliação, em torno dos princípios dos "homens de bem", não possuídos pelo "espírito de facção" e capazes de dominar as emoções e o egoísmo[959].

Realmente, não era muito o que, dos direitos políticos, ficava sendo universal, apesar do rol exaltante que Almeida Garrett faz das prerrogativas do povo[960]. Por isso é que, para quem – como o deputado Santos da

---

958 Almeida Garrett, *DCGC*, *1837-1838*, II, 13. Sobre a impossibilidade de seguir rígidos modelos matemáticos na reflexão política, v., do mesmo autor, *DCGC*, *1837-1838*, I, 66.

959 Daí também que a "moderação", ou "conservação", deva resultar, não de um poder político institucionalizado – como o poder moderador –, mas de um sentido de equilíbrio, conciliação e compromisso, que deveria percorrer todo o corpo político, incluindo os três poderes do Estado Quanto aos poderes formais, era esta a proposta de Silvestre Pinheiro Ferreira, como se viu (cf., antes, cap. 12.2.1); no mesmo sentido, Almeida Garrett, Garrett, *DCGC*, *1837-1838*, II, 16

960 "Mas, com todas essas divisões e equilíbrios de princípios e poderes, o que fica para o povo? Tudo quanto ele pode exercer por si, respondo eu, tudo quanto lhe não é for-

Cruz – considerasse a participação política como um direito universal, equiparável aos direitos civis, esta diversidade de estatutos políticos – constitucionalmente traduzida no censo e, sobretudo, na existência de uma câmara alta – constituía uma quebra do princípio da unidade nacional e da indivisibilidade da soberania.

> "O projecto tem, disse [um seu defensor], os direitos de soberania [nacional], porque ali tem os direitos de propriedade, de segurança e de liberdade. Ah, Senhores!, que simplicidade ou que sofisma! Não são tal. Isso são direitos civis, faltando-lhe os políticos. A sua soberania é a das prerrogativas e das classes, não é a indivisível e nacional. O projecto, disse, tem representação nacional em duas câmaras. Não tem tal! Essa segunda câmara (ou câmara à parte) não é a representação da nação, é a representação do privilégio, porque uma parte não é soberana separada da generalidade. Enfim, Senhores, o Projecto não é a Constituição, é a prescrição da Constituição; é menos política que a *Carta*, porque ilude a declaração de direitos; porque confunde a divisão dos poderes; porque até cora a anomalia, uma opressão, uma nova classe, uma raça aristocrática, senatória, que nem ao povo nem à nobreza satisfaz"[961].

Consequentemente, o mesmo deputado reagia assim à desigualdade da representação:

> "[...] Representação à parte, Soberania à classe, ou Privilégio, jamais; entrem na representação geral, porque os direitos são iguais, e não digam que a propriedade deve ser representada; não me perguntem que tem a representar o Proletário? Porque eu lhes respondo: que tem uma vida, que

---

çoso delegar. Nem é tão pouco isso. As funções eleitorais, reservou-as todas ou quase todas para si o povo (digo quase todas, porque não quero excluir o método indirecto em certos caos. Das funções legislativas, reservou-se para si parte suficiente na administração municipal. Das judiciais ficaram-lhe precípuas todas, ou quase todas, uma vez estabelecido o princípio do juízo pelos pares [...]. Sobre o executivo, de que lhe era impossível reservar nada, porque o não podia verificar [...] o povo ficou com um meio de moderação e fiscalização formidável. A opinião e a imprensa", Almeida Garrett, *DCGC, 1837-1838*, II, 20.

[961] Críticas do dep. Santos Cruz ao *Projecto* oficial, *DCGC, 1837-1838*, I, 199 (cf. também, em *O Nacional*, n.º 737, 22-5-1837); justificação do seu próprio projecto, *DCGC, 1837-1838*, II, 174; Críticas do dep. Costa Cabral (mais ou menos no mesmo sentido: contra o veto absoluto e o bicamaralismo; contra a divisibilidade da soberania, *DCGC, 1837-1838*, II, 11). A apologia do *Projecto* oficial de constituição foi feita, por exemplo, por Almeida Garrett, *DCGC, 1837-1838*, II, 14-20; ou pelo dep. José Inácio Pereira Derramado, *DCGC, 1837-1838*, II, 14-20, I, 209.

tem uma honra, [ainda que] não tenha uma propriedade!!! Senhores, o direito do que tem muito não é maior do que o direito do que tem pouco; o que é maior é o objecto desse direito, mas o direito é igual. O direito do que tem uma casaca é igual ao direito do que tem cem casacas. Se aquele paga maiores encargos ao Estado, está compensado, porque também o Estado despende maiores serviços com eles, em defender-lhes as suas mil casas, os seus mil armazéns, o seu infinito material, e o seu maior interesse, nem por isso lhe dá maior direito a ser representado"[962].

Assim, a questão central no debate constituinte foi a questão da "divisão da Nação", traduzida na atribuição desigual de direitos políticos e na adopção do bicamaralismo, enquanto que a questão da prerrogativa régia, concretizada na consagração do veto absoluto ou do poder moderador, tinha sido a mais candente nas constituições anteriores. Ou seja, enquanto que o debate da constituição vintista ou a polémica em torno da concessão da *Carta* ainda se inserem na agenda política revolucionária, a discussão constituinte de 1837-1838 pertence já à agenda política pós--revolucionária.

12.2.2. *A agenda político-constitucional*

As oscilações do texto final da Constituição reflectem o equilíbrio entre as correntes doutrinária e democrática nas cortes constituintes, bem como algumas concessões à corrente cartista (como a concessão do veto absoluto ao rei, ou a inclusão de um último artigo transitório, que permitia regressar ao sistema do pariato de nomeação régia)

Por um lado, é agora expressamente dito que "a Soberania reside essencialmente em a Nação, da qual emanam todos os poderes políticos" (art. 33). Que esta nação é "a associação política de todos os Portugueses" (art. 1). E que "a Lei é igual para todos" (art. 10). Está também consagrada a liberdade "republicana", ou seja, a isenção de cada um dos cidadãos em relação a qualquer poder que não seja o da lei (art. 9: "ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer senão o que a Lei ordena ou proíbe"). A esta consagração do princípio da igualdade corresponde um elenco mais vasto de liberdades, nas quais se inclui, pela primeira vez, a liberdade religiosa (art. 11), a liberdade de associação e de reunião (art. 14) e o direito de resistência (art. 25).

---

[962] Dep. Santos Cruz, *O Nacional*, 737, 22.5.1837.

No entanto, havia também preceitos que apontavam para uma concepção elitista da sociedade política. Não era só o artigo que garantia "a nobreza hereditária, e suas regalias puramente honoríficas" (art. 28, § 4). Era, sobretudo, o artigo que, supondo no rei uma especial legitimidade, lhe concedia, sem restrições, o direito de veto legislativo. Bem como o que instituía uma segunda câmara, eleita pela elite da nação.

De facto, as Cortes passam a ser compostas por duas câmaras, eleitas por sufrágio directo, embora filtrado por um censo (moderado, para os padrões europeus[963]: 80$000 anuais, de rendimento líquido proveniente de bens de raiz, comércio, indústria (liberal ou fabril) e emprego (arts. 71 e 72)[964].

A grande diferença entre as câmaras estava nas condições de elegibilidade. Enquanto os candidatos a deputados careciam de 400$000 réis de renda líquida (art. 62), os candidatos a senadores eram escolhidos entre uma elite económica, burocrática e intelectual muito mais selectiva: proprietários com renda anual dois contos de réis[965]; comerciantes e fabricantes, com renda anual de quatro contos de réis; arcebispos e bispo; conselheiros do Supremo Tribunal de Justiça; lentes das instituições de ensino superior; oficiais generais do exército e da marinha; e embaixadores (art. 75). A esta elite era, portanto, atribuída uma ulterior capacidade de intervenção política – traduzida, nomeadamente, na indispensabilidade do voto dos senadores para a aprovação de leis (art. 66 e s.) –, que dependia mais das condições das pessoas do que da vontade popular.

O principal comentador desta Constituição explica bem como a representação política visava, mais do que a representação nacional, o *triunfo da razão*; a qual se devia efectivar, ao mesmo tempo, por distintas vias – o sufrágio restrito, a representação elitista e o funcionamento da liberdade de imprensa:

> "Da doutrina que expendemos nas lições antecedentes se deduz com facilidade que são três os pontos essenciais do Governo representativo. Na verdade, pois que o maior bem de todos é o fim da sociedade, e que esse bem só pode ser conhecido por aqueles que tiverem uma razão ilustrada, a

963 Cf. Pedro Tavares de Almeida, *Eleições e caciquismo [...]*, cit., 38.

964 Estavam excluídos os menores de 25 anos, os criados de servir, os libertos, os pronunciados e od falidos (art. 73). Para uma ideia do valor do rendimento exigido cf. p. 219, nota 1064.

965 Em 1833 (dec. 19.09), o ordenado dos conselheiros de Estado foi fixado em 2 100$000.

qual nunca poderá existir no grau necessário num só homem nem em todos, forçoso é concluir. Primeiro a necessidade da divisão dos poderes políticos. Segundo a da escolha dos melhores, isto é o princípio de eleição por meio do qual possa fazer-se que tomem parte na administração pública os homens mais distintos por suas luzes e conhecimentos. Terceiro, a necessidade da discussão pública e da liberdade de imprensa, porque não é possível por mais bem feita que tenha sido a escolha que ela tenha abrangido todos os homens de conhecimentos que existem na sociedade, sendo por isso necessário que pela discussão pública na tribuna, e por meio da liberdade em escrever possam colher-se as opiniões, e luzes de todos os homens instruídos"[966].

---

[966] Basílio A. Sousa Pinto, *Análise da Constituição de 1838*, em A. M. Hespanha & Cristina Nogueira da Silva (org.) *Fontes para a história [...]*, lição 26. Numas outras lições, desenvolve a justificação do sufrágio selectivo: "Do primeiro ponto se trata no art. 71, onde estabelece, que o método das eleições é o da = Eleição directa, em que os votantes elegem imediatamente seus representantes. A indirecta, que é o contrário desta, tem sido adoptada por muitos como mais liberal, e por isso também pelos Franceses até à regeneração de 1830, fundando-se em que por ela se colhe muito maior número de votos, por isso que ainda que os cidadãos admitidos a votar não escolham os melhores, todavia como estes não vão logo para o governo, o erro não é tão funesto, como se houvessem de ir, o que teria lugar se a eleição fosse directa. No entanto à primeira vista se descobre o vicio deste método; porque *primo* o povo não vota nos que o hão-de representar; mas sim nos seus eleitores, os quais podem ir votar para o representar em pessoa, que o povo não desejaria, se votasse directamente. *Secundo*, porque o povo, não votando ele mesmo, não terá tanta confiança neles, e por conseguinte nas leis, como teria, se fossem criaturas suas. É por isto que a eleição directa é hoje geralmente adoptada, e o foi também pelos Franceses [pág. 154]. Não obstante isto muitos combatem a Eleição directa, sendo o principal destes o Senador Cabanis, opondo-lhe as razões seguintes. 1.ª = Que os Deputados devem ser escolhidos de entre os cidadãos mais dignos, afim de que sejam bons legisladores; porém o povo, por isso, que é ignorante e falta de conhecimentos, não pode fazer bem esta escolha, e obter assim uma boa eleição, o que já não acontece, sendo pelo método indirecto. 2.ª = Porque o povo, como só tem conhecimento dos seus vizinhos, nestes é que votará principalmente, acontecendo assim, que à Representação Nacional só vão homens de conhecimentos locais, e por isso não saberão harmonizar as leis com os gerais. 3.ª = Porque a eleição directa trás consigo grandes desordens e comoções já não é assim a indirecta. Porém a estas razões podemos nós responder. – A primeira, que isto é contrário do que diz Montesquieu e Machiaveli, que dizem, que o povo não conhece o grau de ciência de cada um; mas um conhece melhor, que ninguém, quem são os melhores, aqueles, que mais o têm beneficiado e defendido seus interesses. A segunda, responde-se, que isso mesmo é o que nós [pág. 155] queremos; porque só dessa reunião de todos os interesses locais é que pode resultar o eles serem todos contemplados e pesados, e por conseguinte é isto um bem e não um mal. A terceira responde-se, que não obstante ser verdade, todavia essas desordens nem sempre são más; mas sim até necessárias em certo ponto para excitar o povo, e

Por outro lado, a concessão ao rei da possibilidade de veto definitivo (art. 68), bem como da prerrogativa de dissolução das cortes (art. 81), denotava que a este era reconhecido um poder político originário[967]; o que, novamente, apontava para um conceito dual de soberania. Esse mesmo que autorizava o rei – que, paradoxalmente, tinha promulgado a constituição a mandado das cortes[968] – a vetar qualquer alteração constitucional subsequente (art. 139). Ou seja, permaneciam na Constituição de 1838 as mesmas atribuições reais que, na *Carta*, eram explicadas pela necessidade de introduzir um poder moderador. Aqui, não se tratava sequer de garantir

---

fazê-lo interessar nas eleições, para que estas saiam boas. = Assim, se um candidato tiver subornado, e o povo não tomar calor pelas eleições, ele conseguirá sair eleito, pelo contrário se o povo se entusiasmar, rejeitará as listas, que lhe impingiram e fará outras à sua vontade. Portanto ainda assim dizemos, que a eleição directa é preferível [...] Alguns querem que este direito deva ser comum a todos os Cidadãos; e por isso que senão ponha restrição alguma ao direito de votar. Porém isto é um erro, como já mostramos. Porquanto primeiramente devemos notar, que a eleição é um meio, que se emprega, para conseguir o fim da Sociedade, e por isso um meio, que só deve exercido por aqueles, que o saibam empregar, quando pois o cidadão estiver neste estado, então é que para ele é um direito; mas antes disso não. Demais se o chamado sufrágio universal se deve a todos, o fim da Sociedade não poderia conseguir-se; porque nem todos estão em circunstâncias de conhecer este fim. Nem se diga, que as restrições atacam os direitos do cidadão; porque primeiramente este direito de votar é concedido a [pág. 156] classes e não a indivíduos: em segundo lugar a Sociedade é toda interessada na Eleição; e por isso ele pode limitar o número dos Eleitores somente aqueles, em que tiver confiança, e por conseguinte pode limitar este direito, marcando as condições, que devem ter os Eleitores. Estes são três: Inteligência; Probidade; e Independência. É necessária a primeira, porque sem ela o Eleitor não poderá fazer uma boa escolha, não podendo conhecer quais os mais capazes e dignos, e por isso diz a Constituição: que o Eleitor deve ter 25 anos, porque supõe, que o cidadão nesta idade tem inteligência suficiente, para fazer uma boa eleição. É necessária a probidade; porque sem esta tendo a primeira, melhor saberia fazer o mal. É finalmente necessária a independência, porque sem ela o seu voto não poderá ser livre, será antes o daquele, de quem depende, que o seu: a qual consiste não naquela independência selvagem, e orgulhosa, que a nada atende; mas sim em poder votar, sem se ligar a consideração alguma, que não seja a do bem público. E como para isto é necessário, que o cidadão não esteja sujeito a outro de quem dependa para se sustentar, por isso a Constituição, devendo ele ter uma certa renda lhe [pág156] marca a de 80$00" (Basílio Alberto de Sousa Pinto, *Direito publico constitucional 1839-40*, em A. M. Hespanha & Cristina Nogueira da Silva (org.) *Fontes para a história [...]*).

[967] Também não se diz na Constituição – como se dizia na de 1822 – que o rei é representante da Nação.

[968] "As Cortes Gerais, Extraordinárias e Constituintes, decretaram, e Eu aceitei, e jurei a seguinte Constituição" (preâmbulo).

essa correcção "técnica" da separação de poderes. Mas, antes, a de dar voz a algo de inexplicado no texto constitucional, mas que decoraria da deferência com que era tratada a figura do rei. Do ponto de vista conceitual, esta deferência não podia resultar senão do reconhecidamente de que ele dispunha de uma capacidade de incarnação do corpo nacional.

A secção final, relativa à administração ultramarina, também introduz limitações à generalidade da soberania e ao seu corolário de igualdade perante a lei, na medida em que estabelece processos legislativos especiais para o Ultramar, da responsabilidade do executivo (governo, ou mesmo governadores locais) (art. 137)[969].

---

[969] Sobre este assunto, com profundidade, Cristina Nogueira da Silva, *A cidadania nos Trópicos*, cit..

13. AS TRANSFORMAÇÕES DO CARTISMO

A *Carta* teve uma longa vigência. Nos quase oitenta anos da sua vigência, os ambientes ideológicos sucederam-se na Europa. Também em Portugal, sociedade, grupos dirigentes, cultura política e modelos jurídicos foram variando. Escassamente reformado, o texto da *Carta* foi, sobretudo, frequentemente esquecido e constantemente reinterpretado, em função de novas agendas políticas.

O primeiro cartismo desenvolveu-se no terreno intermédio entre a luta contra o restauracionismo absolutista e a nostalgia democrática do vintismo.

Contra o absolutismo, a *Carta* apresentava-se como um documento que instituía uma monarquia, senão representativa, pelo menos constitucional. Contra o constitucionalismo democrático radical, ela constituía-se como a salvaguarda da prerrogativa régia, a garantia contra o governo de um só grupo e de uma só câmara, como o modelo capaz de combinar os diversos interesses presentes no corpo da Nação, sob a égide da religião, da ordem e da autoridade social estabelecidas.

Nesta altura, a *Carta* oferecia: aos democráticos, uma câmara representativa, eleições e uma razoável garantia de direitos; aos conservadores, a prerrogativa régia, a câmara alta hereditária, vitalícia e de nomeação régia, eleições censitárias, religião católica de Estado e garantia da propriedade[970].

Este equilíbrio mal satisfez os partidos em confronto, nomeadamente o partido democrático que, no compromisso, tinha recebido muito pouco e que, por isso, se revolta em 1836, procurando voltar a soluções próximas do vintismo. Os anos trinta gastam-se neste confronto entre democráticos e conservadores. Os ventos político-ideológicos dominantes na Europa

---

[970] Contributos bibliográficos: Fernando Araújo, "Almeida Garrett e o Constitucionalismo", in *Rev. Ass. Académica* da FD-UL, 24 (2001) 313-344; Rui Nuno Alves Rodrigues Delgado, "O liberalismo político-económico em Mouzinho da Silveira: um contributo para a busca da identidade liberal nacional", cit..

favorecem os segundos. Liberais conservadores e doutrinários dominam o pensamento político; na Alemanha, o romantismo constrói uma consistente crítica ao individualismo, ao contratualismo da primeira revolução francesa, bem como ao liberalismo económico dominante, sobretudo, em Inglaterra, mas também com ecos entre os grupos possidentes da Europa central ocidental e do sul; e, pela mesma altura, os próprios discípulos do positivismo comteano entendendo o progresso como vinculado à ordem, atacam o sufrágio, propõem o cesarismo, abonam-se em Burke e Joseph de Maistre.

Desde os meados da década de '40, o sistema da *Carta* – monárquico, aristocrático, restritivamente democrático, facialmente liberal – é um estorvo para todos. A agenda política já não é a da prerrogativa régia ou do doutrinarismo; o contexto internacional já não é o da Restauração ou da Monarquia de Julho; a pequena burguesia das cidades – nomeadamente de Lisboa – já não se satisfaz com o aniquilamento eleitoral a que a *Carta* a condenava; o governo, cada vez mais claramente, já não é um mero executor de leis; a monarquia já não tem o prestígio suposto e exigido pelo sistema arbitral da *Carta*; a aristocracia é pobre e nova, aguentando mal, aos olhos da opinião pública, o papel "senatorial" que a constituição lhe reservava.

Se optarmos por uma formulação positiva, as mudanças podem ser alinhadas de uma forma correspondente, embora de sinal contrário.

No plano eleitoral, a sensação de marginalização política de uma enorme maioria de pessoas combinava-se com a recepção, pelos políticos mais informados, das opiniões cada vez mais favoráveis ao alargamento do sufrágio, instaurado em França pela lei de 2.3.1848, depois de continuamente reclamado durante a Monarquia de Julho[971]. Ainda quanto a eleições, a opinião democrática sabia que os influentes locais – que seriam, naturalmente, designados como eleitores de primeiro grau – eram os padres e as notabilidades do lugar, conservadoras ou mesmo miguelistas[972]; e, por isso, queria eleições directas. No plano político, eram muitos os que aspiravam à estabilidade, à disciplina das paixões populares ou

[971] Sobretudo, a partir de 1840, na chamada "campanha dos banquetes": textos em http://www.19e.org/documents/monarchiedejuillet/campagnedesbanquets/sommaire.htm (2004.03.21; org. Marc Nadaux). Sobre os sistemas eleitorais na Europa deste tempo, Pedro Tavares de Almeida, *Eleições e caciquismo [...]*, cit., *maxime* o quadro comparativo de pp. 205 ss..

[972] Sobre o caciquismo, v. Pedro Tavares de Almeida, *Eleições e caciquismo [...]*, *maxime*, 97 ss..

militares e ao ingresso numa vida política anestesiada, em que as decisões estivessem a cargo de um grupo especializado – os políticos – que placidamente dirimissem os seus conflitos internos, enquanto a sociedade – enfim civil – se dedicava aos seus negócios. E que, enfim, governos estáveis fizessem o muito que esta sociedade de liberais paradoxalmente esperava do poder.

É isto que explica que a questão da reforma do sistema político – que muitos identificavam com a reforma da constituição – se tenha posto, logo desde o decreto que restaura a *Carta*, em 1842[973-974].

Antes de um tratamento mais individualizado, algumas considerações gerais sobre os factores de crise e as linhas de reforma do sistema cartista.

---

[973] 27.1.1842 (cf. *Diario da Câmara dos Deputados*, 1848, v. 2, n. 18, p. 5; 1851, v. 1, p. 135).

[974] Sobre a reforma da *Carta*: Júlio Joaquim da Costa Rodrigues da Silva, "Debate constitucional e reforma da *Carta* no início dos anos setenta (1871/1873)", *Congresso Constituição da Europa, constituições da Europa, europeísmo e nacionalismo na história constitucional europeia*, Lisboa, 1992, Actas, Lisboa, Assembleia da República, 1992, 307/325; 308-323 (sobretudo história política); Maria Filomena Mónica, "As reformas eleitorais no constitucionalismo monárquico", 1852-1910, *Análise social*, 139(1966) 1039-1084 (basicamente, os aspectos relacionados com o sistema eleitoral). Doutrina constitucional: Marnoco e Sousa, *Direito político*, cit., 383 ss.; Literatura contemporânea: Trindade Coelho, *Manual político [...]*, 551. Conde de Valbom [Joaquim Lobo d'Ávila], *Verdadeira reforma eleitoral ou do sufrágio universal*, Lisboa, Of. Manoel de Jesus Coelho, 1848; Considerações sobre a Constituição da Monarquia Portuguesa, para as reformas que se devem fazer na *Carta Constitucional* de 29.4.1826, Lisboa 1851; António Joaquim Gouveia Pinto, *Projecto de lei para a reforma da Carta Constitucional apresentado à Câmara electiva em sessão de 16 de Agosto de 1871 pelos deputados do partido reformista*, Lisboa, Typ. do Futuro, 1871; José Luciano de Castro, *Reforma da carta: projecto de lei apresentado na Câmara dos Senhores Deputados em sessão de 24 de Janeiro de 1872*, Lisboa, Impr. de J. G. de Sousa Neves, 1872; Marquês de Sá da Bandeira, *Carta dirigida José Maria Latino Coelho, sobre a reforma da Carta Constitucional*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1872; *Projecto de lei para a reforma da Câmara dos Pares e parecer da respectiva comissão*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1878; Carlos Lobo d'Ávila, *Reflexões sobre a reforma da Carta proposta pelo Sr. Dias Ferreira, Lisboa*, Typ. Diário de Lisboa, 1881; António José de Barros e Sá, *Discurso sobre a reforma constitucional proferido na sessão de 27 de Março de 1884 pelo par do reino [...]*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1884; João Arroio, *Discursos parlamentares*, Porto, 1885; Silveira da Motta, *Discurso proferido na Câmara dos senhores deputados acerca da reforma constitucional, na sessão de 10 de Abril de 1885*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1885; José Dias Ferreira, *Discurso sobre as reformas constitucionaes*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1900.

O modelo monárquico representativo, estabelecido pela *Carta* tinha por base uma certa teoria da representação. A Nação era representada pelo rei e pelas cortes gerais. Nas cortes, a Nação estava representada segundo dois princípios, um aristocrático, outro democrático, embora restrito aos cidadãos capazes de terem "opinião política", ou seja, aos capazes de considerar as questões sob o ponto de vista do interesse geral. Ao governo – constituído por uma série de Secretários de Estado, tidos como simples auxiliares do rei –, tal como aos tribunais, estava reservado o papel subsidiário e mínimo de garantir e levar à prática a ordem jurídica estabelecida pelos órgãos representativos.

A crise político-constitucional que se estabelece nos meados dos anos '50 resulta da inadequação ou corrupção deste modelo.

O primeiro factor de corrupção começou por ser o do *papel representativo atribuído ao rei*[975]. Por duas razões, em parte contraditórias.

Por um lado, morto D. Pedro IV – que reunia o carisma de ter sido o "dador da *Carta*" e o "libertador" – os seus sucessores não dispunham do prestígio para exercer a função de árbitros da vida política. D. Maria II ascendeu ainda criança ao trono; era mulher (num mundo político em que só os homens eram constitucionalmente capazes); ficou órfã cedo, entregue à tutela e influência de políticos no activo; com a dissidência absolutista da nobreza tradicional e com o empobrecimento da restante, viu-se privada de uma corte socialmente respeitada; espartilhada numa lista civil fixada nos anos '20 e longe do esplendor das nobrezas da Europa central, a família real era pequena, isolada e pobre. A rainha – por voluntarismo ou por acreditar no papel constitucional que a *Carta* lhe conferia –, comprometeu-se frequentemente na acção política. Não se prestigiou com isso, antes aproximando a sua imagem à de um joguete político. D. Pedro V também parecia acreditar no papel que a prerrogativa régia lhe atribuía e, apoiando-se nela, talvez se animasse a um papel político activo; mas morreu cedo, não sendo sequer claro que as condições objectivas do trono tivessem mudado tanto que pudesse triunfar ele onde a mãe tinha falhado. D. Luís esqueceu a primazia constitucional do trono, ou exerceu-a em termos parlamentaristas, destoantes do espírito da *Carta*. Com ele, a prerrogativa régia transformou-se, de facto, numa prerrogativa governamental, o que se mantém no reinado seguinte, em que os alegados arroubos de cesa-

[975] Sobre a falta de sentimento monárquico em Portugal, na segunda metade do séc XIX, v. Rui Ramos, "A segunda fundação", cit., 89 ss..

rismo têm por fautores e beneficiários, não o rei, mas os seus ministros; os quais, para cúmulo, nem eram seus validos e nem sequer sempre respeitavam o rei tanto como isso. Em suma, nas décadas de 40, de 50, de 60, de 70 e de 80, o rei torna-se uma figura politicamente pouco significativa. Exerce com parcimónia os poderes "moderadores" que a *Carta* lhe confere: dissolve as câmaras, em média, quatro vezes por década; e, quanto à recusa de sanção das leis, são absolutamente excepcionais, restringindo-se ao governo de D. Maria II[976]. Mas, sobretudo, quando o faz, fá-lo geralmente a solicitação do ministério, dentro de uma lógica parlamentarista.

A hipótese de um governo supra-partidário, representante dos interesses superiores da Nação e liberto dos enleios parlamentares era conhecida e apreciada pela teoria política da segunda metade do séc. XIX, estava suficientemente construída pelos juristas e era constantemente aventada pelos políticos portugueses de todos os quadrantes. Mas faltava essa "chave de toda a organização política" de que falava a *Carta* quando se referia ao Poder Moderador (art. 71), esse elementos carismático e impulsionador que dava eficácia ao "princípio monárquico" do modelo prussiano. Por isso é que os mesmos teóricos que, nos finais do século, promoviam – à alemã – a "função de governo"[977], mostravam-se, em contrapartida, desafectos à teoria do poder moderador; na falta de um rei-ministro, propunham antes um ministério-rei[978].

Ao apagamento constitucional da monarquia juntava-se – ou, pelo menos, tinha como fenómeno paralelo – o apagamento da representação parlamentar aristocrática. Povoada por uma nobreza pouco ilustre, alimentada por sucessivas "fornadas" que apenas obedeciam à lógica política de formar maiorias parlamentares que viabilizassem governos, nomeada sem obediência a quaisquer critérios objectivos de respeitabilidade social, privada de iniciativa em matérias políticas centrais (como as matérias financeiras), a Câmara dos Pares foi assumindo o papel de uma câmara

---

[976] Cf. nota 701.

[977] Como Marnoco e Sousa, Guimarães Pedrosa, José Tavares e Alberto dos Reis.

[978] Sobre o poder moderador na *Carta* v., antes, cap. II.4.8.1. Sobre o desprestígio do rei, v. o saboroso texto de *As farpas*, de Ramalho Ortigão e Eça de Queirós, cit., Maio de 1871, p. 12 (cf. ed. electrónica, http://purl.pt/256/): "Na *Carta*, a realeza é irresponsável. Na política, é outra coisa: não há partido que não lance a sua inépcia à conta da realeza. – *Se não fosse o rei!* – é a desculpa invariável dos ministérios que não governam, dos oradores que não falam, dos jornalistas que não escrevem, dos intriguistas que não alcançam".

política e legislativamente secundária[979]. Os números dizem muito. De 1826 a 1881, o rei apenas nomeou, por iniciativa própria, um quarto dos pares, quando instalou a Câmara; o resto foi nomeado por inculcação dos presidentes do conselho. De 1842 a 1883, das 3221 propostas de lei que lhe foram enviadas pela Câmara dos Deputados, a Câmara dos Pares apenas rejeitou explicitamente 19 (menos de 0,5 % ...).

Pares nomeados desde 1826 a 1881

	Data	N.º de pares nomeados
D. Pedro IV	1826	91
Palmela-Saldanha	1834-1835	38
Terceira	1842-1845	37
Saldanha-Tomar-Terceira	1847-1851	6
Saldanha	1851-1854	30
Loulé-Aguiar-Loulé	1861-1870	51
Saldanha	1870	1
Fontes	1871-1876	30
Ávila	1878	1
Fontes	1878	9
Braancamp	1880-1881	40
Fontes	1881	18
Fontes	1886	1
J. Luciano de Castro	1886-1889	7
Rudolfo Hintze Ribeiro	1890	4
J. Luciano de Castro	1891	2
Total		366

(Fonte: Clemente José dos Santos, *Estatísticas e biografias parlamentares*, cit., I, 310; II.1, 166; III.2., 600-601)

Depois de 1878, restringido o arbítrio régio à nomeação de pares dentro de certas categorias de pessoas, a Câmara dos Pares descaracteriza-se ainda mais; nos sete anos seguintes, os novos pares são, sobretudo, funcionários, sejam eles civis, militares, judiciais ou universitários, categorias que, juntas, ascendem a 58 % das novas nomeações.

[979] Maria Filomena Mónica, "A lenta morte da Câmara dos Pares (1878-1896)", *Análise social*, 125-126(1994) 121-152.

Novos Pares (1878-1885), por profissões[981]

	N.º	%
Professores universitários	21	28
Deputados	17	23
Pares por habilitações literária, rendimento ou sucessão	14	19
Altos funcionários e diplomatas	11	15
Generais	6	8
Juízes do Supremo Tribunal de Justiça	5	7
Ministro de Estado	1	1

(Fonte: Clemente José dos Santos, *Estatísticas e biografias parlamentares*, cit., I, 465)

Ou seja, tal como a prerrogativa régia, a câmara alta governamentaliza-se. O que, de resto, corresponde ao modelo parlamentarista, tanto mais efectivamente vigente quanto mais constitucionalmente incongruente ou politicamente desacreditado[980].

As disfunções do *modelo eleitoral* constituíram o segundo factor de corrupção do modelo cartista foram[982].

Disfunções, note-se, não em relação ao que hoje pensamos sobre o sentido das eleições. Mas sim em relação à teoria eleitoral da época[983]. Nas suas lições de direito constitucional, preleccionadas em 1838, Basílio

[980] Daí que as propostas de reforma da câmara alta, pelos finais da monarquia, tendessem a adequá-la a um novo modelo de legitimidade: não mais o princípio aristocrático, mas o princípio da representação não individualista (regional ou orgânico) da sociedade. Cf. Marnoco e Sousa, *Direito politico ...*, cit., 409-446.

[981] A lei de 3.5.1878 – que repõe em vigor certos artigos da de 11.4.1845 – estabelecia categorias para a nomeação dos pares do reino, restringindo o arbítrio da nomeação, que tinha que recair em indivíduos que satisfizerem certas e determinadas condições, taxativamente marcadas na lei.

[982] Sobre este modelo, v., antes, p. 134.

[983] Sobre ela, J. J. Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta Constitucional [...]*, cit., II.1, 86; Marnoco e Sousa, *Direito político*, cit., 124 ss.; José Alberto dos Reis, *Ciência política e direito constitucional*, cit., 200 ss.. Sobre as eleições na segunda metade do século XIX, Pedro Tavares de Almeida, *Eleições e caciquismo [...]*, cit. *maxime*, 15-31. Sobre os sistemas eleitorais, *Legislação eleitoral portuguesa: 1820-1926*, org. e introd. de Pedro Tavares de Almeida, Lisboa, INCM, 1998. Outros estudos: Pedro Tavares de Almeida, *Comportamentos eleitorais em Lisboa (1878-1910) [...]*, cit.; Pedro Tavares de Almeida, "Nos bastidores da Eleição de 1881: a correspondência de José Luciano de Castro [...]", cit..

Alberto de Sousa Pinto dava conta da teoria estabelecida quanto à natureza e função dos actos eleitorais num regime representativo:

> "A eleição é sem dúvida o mais essencial do Sistema Representativo: para conhecermos isto, basta atender para o seu fim. O fim da eleição é escolher os melhores, para governar, confrontar, e contemplar todos os interesses particulares, e fazer com que a opinião pública governe. Estes é que são os verdadeiros fins da eleição; e não aqueles, que alguns lhe têm querido dar, pretendendo fazer do Sistema Representativo um governo complicado, e que tem por fim aquilo, que lhe chamam governo Democrático-Monárquico, isto é, fazer com que o elemento democrático tenha a maior influência no governo, que é possível. Isto porém é um grande erro, querer, que todos gozem igualmente dos Direitos Políticos: porque não devem ser todos; mas somente aqueles, que têm merecimento, e instrução necessária para isso"[984].

Um fim limitado, portanto, o das eleições no sistema representativo. Não o governo "complicado", que seria o resultante da representação de opiniões de cultos e incultos, beneméritos e egoístas; elites e povo; mas o governo harmónico dos melhores, dos porá vozes daquela opinião esclarecida da qual a responsabilidade real também era guardiã. Realmente, os representantes da Nação – o chamado "elemento democrático" – não o eram por terem sido eleitos, eram-no por serem os melhores[985]. A eleição era, assim, apenas um meio para designar estes melhores, não sendo sequer o único ou o necessariamente o mais fiável.

Claro que, mesmo nestes anos já tardios do constitucionalismo português, ainda havia quem se mantivesse fiel à ideia de que o que o sufrágio visava era mesmo dar voz ao povo. Joaquim Thomaz Lobo de Ávila (Conde de Valbom), um político da ala radical, figura estabelecida da galeria constitucional desde os meados do século, defende o sufrágio universal, ainda em 1848, contra os argumentos dos doutrinários e dos censitá-

---

[984] *Análise da Constituição Política da Monarchia Portuguesa [de 1838], feita pella ordem dos artigos, collegida das prelecções do lente Basilio Alberto de Sousa Pinto. Anno 1838-1839*, 150 (manuscrito publicado em A. M. Hespanha & Cristina Nogueira da Silva (org.) *Fontes para a história [...]*).

[985] "A isto é que o sistema representativo satisfaz o mais possível, fazendo com que o povo, por via da eleição chame ao Governo aqueles, em que houver capacidade, e deixando ao mesmo tempo à liberdade de imprensa o fazer conhecer muitos, que tendo merecimentos são ignorados ou preteridos", Basílio Alberto de Sousa Pinto *Análise da Constituição Política da Monarchia Portuguesa [de 1838] [...]*, cit., 102.

rios. A sua argumentação combina a certeira denúncia do pretensiosismo e duplicidade de quem, apesar de se considerar como depositário da razão e da abnegação pública, na prática governava de forma incompetente e desonesta.

"Objecta-se que a verdadeira soberania é a da razão e não a do *número;* que ao espírito cabe dominar a matéria. Não logramos saber quem haja o direito de apropriar-se o exclusivo da inteligência, e de condenar o povo como massa bruta. Semelhante pretensão se não é ridícula é insidiosa. De feito, a história diz-nos, que as antigas teocracias, votaram a sociedade ao maia degradante embrutecimento, serviram-se desse facto para usurpar o poder. É coisa sabida, que os déspotas não falham em se proclamarem mais ilustrados, que as nações *gemem* sob seu jugo *de* ferro.

A soberania da razão... Mas quem é que define no mundo do real essa entidade abstracta? – Somos todos homens de génio, de ciência, de razão. Sabemos melhor de que a povo o que lhe convém. Ele deve reputar-se mui ditoso de que hajamos por bem curar de seus negócios. Empolgamos-lhe dinheiro, honras e poder, e outorgamos-lhe, como graça, se for bem submisso, uma sombra de liberdade. O que é a soberania? É a razão, escusado é dizer que a razão somos nós. É destarte que os *moderados* entendem a soberania. O contrário é taxado de subversão da ordem social etc. – Digam se esta criação *a priori* não autoriza todas as usurpações?"

Mas implicará acaso o sufrágio universal a exclusão das notabilidades? Não abre ele um campo vasto a todas as inteligências, a todos os engenhos, a todas as aptidões. Não consagra ele *a* comunhão prática de todos os partidos?"

[...]

Qual tem sido entre nós a causal da desastrosa administração dos negócios públicos? Terá alguém o despejo de dizer que é em razão de se haver convocado todo o povo a votar livremente? Todos sabem que a massa da nação tem sempre sido, legal ou extra-legalmente, arredada da urna.

Quem ignora que *essas* câmaras, que por aí tem havido, filhas de um princípio exclusivo, têm apresentado uma agregação híbrida de sábios improvisados, tagarelas sem convicções, políticos de botequim, manequins do poder, homens estranhos à vida dos povos? – Alguns defensores das liberdades públicas se amostram raros, lutando contra os arbítrios do poder central; talentos, caracteres incorruptíveis salvos pelo povo do naufrágio eleitoral, e como que projectados entre os destroços da moralidade política para servirem de protecção viva da excelência do voto popular"[986].

[986] Joaquim Thomas Lobo d'Ávila, *Verdadeira reforma eleitoral [...]*, cit., 4.

Porém, para as correntes dominantes, mais decisiva do que a opinião do vulgo seria, por exemplo, a opinião pública, como resultado da discussão pública, desapaixonada e altruísta, das questões políticas pelos mais qualificados; ou a imprensa livre e imparcial, o que – para o espaço público da época. Acabava por ser o mesmo. Na verdade, a opinião dos eleitores só valia mesmo como instrumento de medida dos resultados destes debates, como pedra de toque do carácter generalizável, consensual, racional, das opiniões publicadas. Uma balança decerto falível, pois pressupunha algo que não estava garantido, antes era dado como quase improvável: a sensatez, racionalidade, altruísmo, responsabilidade e firmeza dos votantes. Logo nos anos '20, Auguste Comte recusara definitivamente o sufrágio como instrumento idóneo para fazer vingar as opiniões mais científicas sobre as questões sociais e políticas[987]. Em Portugal, e mais para o fim do século, um anterior adepto do sufrágio universal, pensava agora o mesmo: "Sem dúvida, a opinião pública é essencialmente ignorante e versátil. Como as mulheres formosas e histéricas, deixa-se com mais facilidade conduzir pelas palavras lisonjeiras e sedutoras dos que lhe cultivam os defeitos e afagam as vaidades, do que pelas lições severas dos que procuram elevar-lhe o nível intelectual e moral"[988]. Com uma formulação menos frívola mas ainda mais severa, Oliveira Martins alertara, anos antes, para o que ele achava ser uma contradição essencial entre o desprezível sufrágio e a estimável opinião pública[989]:

> "E como a *Urna*, se pode exprimir a voz do povo, não pode exprimir a opinião pública, por ser um instrumento grosseiro de mais para tanto, a *Urna* deu-nos noutro tempo os tribunos e os patriarcas da ideologia liberal, mas não pode dar-nos hoje senão o que a sociedade política actual tem de pior. Dominada pela intriga e pelo dinheiro, a *Urna* perverte o princípio da representação; e falseada a representação, corrompida e doente, os bons espíritos afastam-se dela, como se afasta de uma coisa repugnante quem tem os sentidos apurados. Os melhores dos moços homens ilustres que a nação vê nas escolas, no exército, e nas profissões livres, abandonam sistematicamente as eleições ao seu triste e obscuro fado".

---

[987] Numa obra em que se incensa o cesarismo do General Boulanger (e que abre com uma citação de Joseph de Maistre), o "apóstolo da Humanidade" espanhol Jorge Lagarrigue reafirma ainda as posições anti-sufragistas de Comte, denunciando E. Littré, que delas se afastara, como vendido ao academismo e ao parlamentarismo (cf. *La dictature republicaine d'après Auguste Comte*, Paris, Apostolat positiviste, 1888).

[988] Augusto Fuschini, *O presente e o futuro de Portugal*, cit., 138.

[989] Oliveira Martins, *As eleições*, 1878 (ed. Pedro Calafate, *Oliveira Martins*, cit.), 156 s..

Por isso é que, agora do lado republicano, aparecem as propostas radicais de Basílio Teles quanto à inevitabilidade de uma ditadura republicana permanente[990], liberta do "irritante trambolho" do parlamentarismo (p. 26), e entregue a um cérebro dotado de "uma sólida educação científica, sobretudo em assuntos sociais, de uma regular capacidade conceptiva, inventiva, ideativa, ou como se julgue melhor designar" (p. 32): "se o parlamento não é mais, entre nós, que ridícula paródia, não será preferível dispensá-lo quando haja um plano sério de governo a pôr em execução, sem demora e integralmente ?"[991] Não eram, também, as heterodoxias eleitorais da monarquia constitucional que prejudicavam a fiabilidade do voto. Censo, sufrágio indirecto e caciquismo eram antes formas porventura adequadas a diminuir a irracionalidade das escolhas populares, ao limitar o universo eleitoral e ao sujeitar as intenções de voto dos populares ao filtro de inteligências politicamente mais esclarecidas.

O problema não estava aí. Estava antes em que ou essas restrições à espontaneidade do voto não bastavam para o orientarem no sentido da opinião pública, ou em que, muito pelo contrário, substituíam à irracionalidade dos interesses egoístas dos votantes uma equivalente irracionalidade egoísta, mas agora dos votados ou dos seus angariadores de votos.

Por temperamento, o povo português oscilaria entre a apatia e a exaltação políticas. Ou se sujeitava mansamente a tudo, ou se alevantava furiosamente por qualquer coisa. Uma vez que se tratava de uma questão cultural, as perspectivas eram desanimadoras, como reconhecia na Câmara dos Deputados o regenerador António Cândido, entre muitos "apoiados", "Este regímen [democrático], que, tendo a democracia por base, só pode fortificar-se e desenvolver-se pela virtude geral, segundo a bela frase de Montesquieu; este sistema, que transformava subitaneamente o homem mais servil, mais ignaro, mais indigente, numa força viva do Estado, dando-lhe o direito de dizer, com uma lista diante da urna, o mesmo que dizia Luís XIV diante do parlamento da França; este sistema, em vez de nos dar milagrosamente a vitalidade, a instrução cívica, a aptidão para o trabalho, o sentimento do dever, a compreensão clara e viril dos nossos destinos, veio apenas provar mais uma vez que só é viável, só é fecundo, só é praticável e justo, quando se desentranha da própria raça, como na Inglaterra, ou encontra, para se estabelecer e aclimatar, condições especiais de etnologia

---

990 Basílio Teles, *As ditaduras. O regime revolucionário*, cit., 19-31.
991 Basílio Teles, *As ditaduras. O regime revolucionário*, cit..

e de historia, como na Bélgica e na Holanda"[992]. Para outros, não se tratava de temperamento da raça, mas de perniciosas influências religiosas: "Todos os povos modernos procuram restabelecer o regímen representativo e constitucional. Este regímen, nascido na Inglaterra, no terreno das antigas instituições germânicas, fecundado pelo protestantismo, não parece poder implantar-se do um modo durável nos países católicos" escreve o belga Émile de Laveleye[993].

A esta fatalidade rácica, religiosa ou cultural somara-se, no entanto, a influência dissolvente da classe política. Na verdade, à elite política devia caber orientar o eleitorado, discutindo, perante ele, as ideias sobre o governo da coisa pública. Essa discussão, para ser profícua, devia orientar-se, no plano dos interesses, pela cura interesse público; e, no plano dos argumentos, pela sua positividade e cientificidade. Ou seja, os políticos nem deviam propor soluções que conviessem só a uma facção ou a um grupo, nem deviam brandir argumentos quiméricos, emocionais, falaciosos, metafísicos. Deviam lutar por ideais, e com ideias. Era esta a função dos *partidos*, aquilo que os distinguia das seitas, das facções, dos sindicatos de interesses.

Ora seria isto, justamente, o que não se passava. Carlos Lobo d'Ávila[994] denuncia, em 1881, a *ausência de verdadeiros partidos*[995], por falta de ideias: "Não há partidos fortemente organizados, porque não há no País vigorosas crenças políticas, porque o interesse individual sobrepõe-se por toda a parte ao interesse patriótico, ao interesse pelas coisas públicas, porque, no seio dos próprios partidos, há menos o culto das ideias que a idolatria dos homens". E, por isso, como o sufrágio – sobretudo um sufrágio alargado como o instituíra a lei eleitoral regeneradora de 1878 – exigia tanto a prévia educação como a morigeração dos políticos, a solução era a atribuição do sufrágio a poucos:

> "Concentrado o direito de voto nas classes mais ilustradas, desliguemo-las das mil dependências que nos dias de hoje têm das autoridades, demos uma certa autonomia às localidades, acabemos com as veniagas do recruta-

---

[992] António Cândido, *Discurso proferido na Câmara dos Senhores Deputados na sessão de 15 de Julho de 1887*, cit., 1887, 12.

[993] Émile de Laveleye, *O futuro dos povos católicos*, cit., 26.

[994] *Reflexões sobre a reforma da Carta proposta pelo Sr. Dias Ferreira*, Lisboa, Typ. Diário de Lisboa, 1881, 96.

[995] Sobre o sistema partidário oitocentista, na sua ligação como sistema eleitoral, Pedro Tavares de Almeida, *Eleições e caciquismo* [...], cit., 121 ss..

mento, não façamos dos empregos públicos uma rede com que se subornem as consciências dos eleitores [de modo que] estes, por mais ilustrados, sejam menos acessíveis à compra dos seus respectivos votos, e depois então teremos uma representação nacional que não seja uma lastimosa ficção. Então, sim, então podem as nossas reformas políticas realizar-se larga e desassombradamente, ampliando as franquias populares, porque então temos já uma base séria e sólida, que é a eleição genuína quanto possível. Mas enquanto as eleições forem o que hoje são, o sistema representativo entro nós não funciona normalmente, e querer aplicar-lhe, sem critério positivo, todos os principies teóricos da ciência, ou todas as disposições da legislação de países em circunstâncias mui diversas, é um erro politico, é uma inépcia científica, é um capricho pueril e insensato"[996].

Nesta função de formar a opinião pública e orientar o voto, os partidos não tinham, decerto, que ser inflexíveis e dogmáticos. Longe iam os tempos dos doutrinarismos, em que ao geometrismo das teorias abstractas ou à inflexibilidade das doutrinas se sacrificava tanto a avaliação concreta das situações como a vantagem de congregar as boas vontades e os talentos. Se, no período jacobino, o ideal de político era o *ideólogo* que jurava pelo rigor dos princípios; se, nos anos '30, predominara o doutrinário, obstinado no governo da razão; agora, o político devia ser o *oportunista*, no sentido em que o termo aparece na prática política francesa da década de '70[997]: governar de acordo com a oportunidade, não forçando a opinião, antes a tomando como critério de viabilidade das reformas. Este oportunismo – com que se poderia combinar o "transformismo", à maneira da prática política do primeiro-ministro italiano Agostino de Depretis (1813-1887)[998] – era positivo e respeitador das ideias, embora temporizasse a

[996] *Reflexões sobre a reforma da Carta proposta [...]*, cit., 17.

[997] Em 1876, Gambetta definia o oportunismo como uma «politique qui consiste à ne s'engager jusqu'au bout dans une question que lorsqu'on est sûr d'avoir, sans conteste, la majorité du pays avec soi». Em 1881, como «politique avisée, ne laissant jamais passer l'heure propice, les circonstances favorables, mais ne sacrifiant rien ni au hasard ni à l'esprit de violence».

[998] Chamou-se *trasformismo* ou *attentismo* a um modelo de acção (ou inacção) política típica da Itália do pós-*Risorgimento*. Pela primeira expressão designa-se a procura de uma maioria estável nas câmaras, ou pela negociação com a oposição, ou pela absorção parcial desta. Em contrapartida, a expressão "attendismo" refere-se ao uso de uma retórica político-eleitoral inflamada como disfarce da inacção política. Cf. Luigi Graziano, *Clientelismo e mutamento politico*, Milano, Angeli, 1974; *Clientelismo e sistema politico. Il caso dell'Italia*, Milano, Angeli, 1979; Luigi Musella, *Il trasformismo [...]*, cit..

sua realização de acordo com os ritmos da viabilidade. Por isso, o oportunismo – como atitude de apreciação positiva, não idealizada, da realidade – nem sequer era incompatível com o espírito positivo, realista; antes lhe era próximo[999].

O mesmo se diga do *espírito de partido*. Bem entendido, ele era a mola indispensável da evolução social. Como era da natureza da sociedade o viver entre a estabilidade e a inovação, entre o espírito de ordem e os anseios de progresso, era também natural a protagonização da vida política entre dois partidos (ou dois feixes de partidos) – *ordeiros* e *progressistas*. Era isto que sustentava a teoria do rotativismo:

> "[...] os partidos políticos são necessários como órgãos do uma importante função social, e que é da natureza do regime constitucional, a doutrina da existência, pelo menos, de dois partidos, na lição do Stuart Mill, o grande e clássico publicista inglês. Mas esses partidos, na doutrina deste escritor, devem corresponder às duas grandes funções politicas da Ordem o do Progresso. A Ordem conservando o que está; o Progresso aumentando, acrescentando, novas conquista e melhoramentos novos. A Ordem é a primeira condição do Progresso, porque, antes do caminhar para a frente, é mister consolidar as conquistas feitas. Assim, no viver social, estas duas fases têm, por igual, de ser atendidas. Para avançar, estão os homens de ideias mais avançadas; depois é precisa uma *étape*, em que devem governar os de princípios conservadores. Consolidada a Ordem, volta a caminhar-se. E assim por diante [...]"[1000].

Negativa, pelo contrário, era a "pastelaria", a confusão oportunista de ideais e de ideias, o governo pela adulação dos sentimentos e pela satisfação dos interesses de grupo. É esta a distinção feita por Augusto Fuschini:

> "Sem dúvida, o oportunismo é a única doutrina possível na política das modernas sociedades. A rápida transformação dos ideais e a extrema divisão das opiniões, fazendo do nosso século, prestes a findar, ardente foco intelectual e revolucionário, obrigaram os homens públicos para melhor acompanhar o movimento social, senão para o dirigir, a aceitar a doutrina

---

[999] "Nesta hora adiantada da ciência, parece-me a mim que, em vez do subirmos a origem metafísica dos sistemas, puro nimbo em que nada se distingue e só se vê o que se quer ver, devemos antes baixar a análise das condições positivas em que assenta toda a moderna politica", A. Cândido, *Discurso proferido na Câmara dos Senhores Deputados na sessão de 15 de Julho de 1887*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1887, 17.

[1000] Jacinto Cândido, *Vida velha e vida nova [...]*, cit., 20.

do evolucionismo oportunistas. Visto que as ideias se modificam, necessário é acompanhá-las na sua rápida evolução; visto que as opiniões se combatem e contrariam, vindo, ainda, as paixões e os interesses complicar e prolongar a luta, indispensável se torna aproveitar a oportunidade dos actos políticos, porque prepará-la é difícil e assaz falível. Mas esta oportunidade, que devemos chamar científica, exige princípios definidos e ideais seguros. Como em mar revolto pelas ondas e cortado por fortes correntes, o capitão do navio, açoutado pela tempestade, cede perante as forças naturais, sem contudo perder a linha da derrota e a direcção do desejado porto; assim, na agitação contínua e profunda das sociedades modernas, os homens políticos devem conservar sempre presente, durante as aparentes e, por vezes, indispensáveis derivações de procedimento, a determinada noção e a firme crença de arraigadas opiniões e de sinceros ideais. O oportunismo sem método e sem convicções, aquele que regula os principias pela facilidade relativa e momentânea conveniência de os realizar, constitui verdadeiro charlatanismo político; na sua essência é, apenas, simples processo de iludir a opinião pública, envolvendo, sempre, intenções pérfidas, ou desonestos propósitos"[1001].

Todavia, como os partidos não se organizavam em torno de ideias, a estrutura partidária podia ser assim descrita por Eça de Queirós:

"Há em Portugal quatro partidos: o partido *histórico*, o *regenerador*, o *reformista* e o *constituinte*. Há ainda outros, mas anónimos, conhecidos apenas de algumas famílias. Os quatros partidos oficiais, com jornal e porta para a rua, vivem num perpétuo antagonismo, irreconciliáveis, latindo ardentemente uns contra os outros de dentro dos seus artigos de fundo. Tem-se tentado uma pacificação, uma união. Impossível! Eles só possuem de comum a lama do Chiado que todos pisam e a Arcada que a todos cobre. Quais são as irritadas divergências de princípios que os separam? – Vejamos: O partido *regenerador* é constitucional, monárquico, intimamente monárquico, e lembra nos seus jornais a necessidade da economia. O partido *histórico* é constitucional, imensamente monárquico, e prova irrefutavelmente a urgência da economia. O partido *constituinte* é constitucional, monárquico, e dá subida atenção à economia. O partido *reformista* é monárquico, é constitucional, e doidinho pela economia! Todos quatro são católicos. Todos quatro são centralizadores. Todos quatro têm o mesmo afecto à ordem. Todos quatro querem o progresso, e citam a Bélgica. Todos quatro estimam a liberdade. Quais são então as desinteligências? – Profundas! Assim, por exemplo, a ideia de liberdade entendem-na de diversos modos.

[1001] Augusto Fuschini, *O presente e o futuro de Portugal*, cit., 143.

que constituiria o fundamento da legitimidade do seu direito e da sua actividade de governo[1009]. A ilusão contratualista, que dominara o século XVIII fora apenas o produto de uma ideologia abstracta que "pensa os princípios do direito e da política na sua abstracção, extraindo daqui uma série de consequência lógicas sem prestar qualquer atenção aos factos da sociedade política existente" (*ibid.*, p. 5). Tal abstracção seria a ideia individualista e contratualista de Estado[1010]

Encaradas as coisas de forma realista, tornar-se-ia evidente a natureza orgânica da Nação e do Estado, incompatíveis "com as concepções matemáticas e mecanicistas do Estado e com a maneira atomística de o tratar, a qual, tratando dos indivíduos, esquece o conjunto" (*ibid.*, p. 18)[1011]. Como se torna claro que "O Estado constitui um organismo moral e espiritual, um grande corpo que é capaz de assumir em si os sentimentos e as ideias da Nação, de as exprimir em leis e de as realizar em actos" (*ibid.*, 21):

> "No espírito e corpos do Estado, a vontade [legislativo] e os órgãos activos [executivo e judicial] estão necessariamente ligados numa única vida. O espírito nacional único, que é algo diferente da média da soma do espírito de todos os cidadãos, constitui o espírito do Estado; a vontade única da nação, que também é diferente da vontade média da multidão, forma a vontade do Estado. A constituição – com os seus órgãos que representam o todo, exprimindo a vontade do Estado em leis, com uma cabeça que governa, com toda a espécie de oficiais e magistrados que administram, com os tribunais para exercer a justiça pública, com as diversas instituições para cuidar dos interesses intelectuais e materiais da comunidade, com o exército para exprimir a força pública –, esta constituição é o corpo do Estado" (*ibid.*, 20).

1009 "O direito e a política não são apenas determinados pelas leis morais [...] Pelo contrário, as suas bases e as suas finalidades têm que ser encontradas no Estado" (*ibid.*, p. 3). Sobre este tema, cf. antes, cap. 11.4.7.

1010 Sobre a qual, *ibid.*, 63 s.; 276 ss.. Aí, também sobre o fundamento puramente individualista do Estado de direito (*Rechtsstaat*) em Kant e Humboldt, no sentido de que "a única função do Estado era a manutenção da segurança jurídica (legal) dos indivíduos" (p. 64/65). Diferente, em Fichte, que punha a cargo do Estado tarefas de natureza colectiva.

1011 Usando o poder evocativo de uma metáfora, "um quadro a óleo é algo mais do que um mero agregado de pingos de óleo colorido, uma estátua, mais do que uma combinação de partículas de mármore, um homem, mais do que uma simples quantidade de células e sangue; do mesmo modo, a Nação não é a mera soma dos cidadãos, nem o Estado a mera colecção de regulamentos externos" (*ibid.*, p. 18).

Ao mesmo tempo que incarna a Nação, o Estado incarna-a de uma forma "viril", dirigente e activa. Cabe-lhe comandar e realizar[1012].

Sublinhar este papel dirigente e activo do Estado não significava porém recair nas concepções puramente monárquicas do Estado absoluto, tal como tinha sido desenhada por Bodin, Hobbes, Bossuet ou Filmer, em que o Estado era identificado com a pessoa do governante e em que os direitos dos governados eram totalmente ignorados[1013]. Significava, isso sim, que o Estado, se não podia recair no modelo do *Polizeistaat*, também não podia ser um mero Estado de Direito, no sentido kantiano de "uma mera instituição para administrar a justiça, em que o legislativo estabelecesse as normas legais e o judicial as protegesse e as aplicasse aos casos concretos, ficando o governo quase sem actividade a não ser a de servidor dos tribunais, como um polícia", Bluntschli, ob. cit., p. 65. O Estado deveria assumir "o cuidado do bem público como seu supremo dever [...] Se os Estado queria existir e prosperar, deveria atender permanentemente tanto ao bem-estar público, como à lei" (Bluntschli, ob. cit., p. 66).

Esta republicanismo estadualista, esta consciência do papel activo que o Estado devia desempenhar na prossecução do bem público sublinhava a função de comando efectivo, a função de cura permanente pelo interesse público, ou seja, a função de governo, tendo, por isso, consequências no modo de conceber a separação e o equilíbrio entre os poderes,

Por um lado, esta não podia ser entendida como completa ou conflictiva, de modo a provocar a dissolução da unidade de Estado[1014]. Por outro lado, embora o legislativo fosse superior a todos os outros poderes (Bluntschli, ob. cit., p. 489), pois nele reside a função de dar lei à comunidade, não era forçoso que este fosse identificado com o parlamento, uma vez que

---

[1012] "O mesmo é verdade quanto ao carácter masculino do Estado, que se torna evidente em confronto com o carácter feminino da Igreja. Uma comunidade religiosa pode ter todas as outras características da comunidade política, embora não deseje ser Estado, não sendo justamente um Estado pois não deseja conscientemente dirigir-se a si própria, como um homem deseja, e agir livremente na sua vida externa, querendo apenas servir a Deus e realizar os seus deveres religiosos" (*ibid.*, 22). Assim, o A. Define o Estado como "uma combinação ou unidade (*Gesamtheit*) de homens, na forma de governo e governados, estabelecidos num território definido, unidos numa personalidade moral masculina organizada", (*ibid.*, 22).

[1013] Cf. *ibid*, 64 s..

[1014] Cf. *ibid.*, 488: "Tal como no corpo natural os vários membros estão todos unidos, também no corpo político a conexão entre os órgãos não é menos importante do que a sua diferença. No Estado, deve existir uma unidade de poder e, por isso, os poderes, embora distintos quanto às suas funções, não devem estar completamente separados".

quem detinha a função legislativa era o Estado no seu todo e não a representação atomística e maioritária da sociedade. Fosse como fosse, seria um "erro, quase infantil, tratar o organismo do Estado como se fosse um silogismo lógico, no qual o legislativo determinasse a regra ou premissa maior, à qual o judicial subsumisse o caso concreto (ou premissa menor), enquanto que o executiva dava realização à conclusão. Se assim fosse, todas as funções dos diferentes poderes estariam unidas em cada decisão judicial, sendo o governo o mero polícia a quem competiria a execução do julgamento" (*ibid.*, 489). Por isso é que a expressão Poder governamental (*Regierungsgewalt*) seria de preferir à de poder executivo (*vollziehendes Gewalt*). Na verdade,

> "as funções de governo são, por natureza, primárias: ele decide e resolve, exprime a sua vontade, ordena e proíbe, sendo as suas ordens, na maior parte dos casos, levadas a cabo sem uma coerção executiva [...] Mesmo que se tenha que ter em conta a vontade de outros, a expressão "executivo" não é rigorosa. Não é verdade que o governo apenas tenha que executar no particular aquilo que a lei determinou em termos gerais. Em geral, uma lei não é executada, mas observada e aplicada [...] As normas sancionadas pelo legislador, os princípios que este exprime, são respeitados pelo governo como os limites legais e constitucionais à sua acção; no entanto, no interior destes limites, o governo decide livremente. Trata com outros Estados, nomeia comissões de inquérito, adopta medidas necessárias à manutenção da ordem, prossegue aquilo que tende para o bem público, nomeia funcionários, controla o exército [...] O poder do governo consiste mais em ordenar, nos casos particulares, aquilo que é justo e útil, e no poder de proteger o país e a nação de particulares ataques e perigos, de o representar e de o proteger contra males comuns. De todos os outros poderes, o governo é o dominante e, sem dúvida, o mais elevado, estando relacionado com os outros como a cabeça com os membros [...] É chamado governo político (*politische Regierung*) quando se refere à conduta geral do Estado e administração (*Verwaltung*) (*ibid.*), quando se refere aos detalhes"[1015].

Este movimento de ideias constitucionais – que se vinha fortalecendo com os contributos filosóficos de Fichte, de Hegel e de Krause-Ahrens – ganha um impacto ainda maior com a sua adopção pela prática

[1015] O Estado não deveria regular nem as matérias religiosas e culturais, nem as matérias económicas, nestes campos, devia limitar-se a funções de superintendência e fomento (*Aufsicht und Pflege*), *ibid.*, 493. Assim se distinguiria do governo irrestrito do Estado de Polícia.

política prussiana, no tempo de Guilherme I[1016] e de Bismarck[1017], quando a orientação política alemã se tornou a de ampliar a intervenção do Estado às questões económico-sociais, o que reforçou ainda a ideia de que o Estado "representando a elite da Nação, era o órgão supremo do direito, o instrumento da justiça, a emanação das forças vivas e das aspirações intelectuais de um país, estando encarregado de favorecer o seu desenvolvimento em todas as direcções [... pelo que] a liberdade do indivíduo deveria ser respeitada, e mesmo estimulada, embora sujeita às regras da moral e da equidade, as quais – à medida que as ideias do bem e do justo se [depurassem] – [deveriam] ser impostas por um Estado" [1018].

Correntes filosóficas e orientações da prática política convergiram, por isso, em rearranjos na teoria da soberania, já visível nos textos de Bluntschli, antes citado. Esta passava a ser considerada, pela doutrina do direito público dominante na Alemanha e na Itália (V. E. Orlando, Vanni), como a emanação da personalidade jurídica do Estado. Tal como no caso da personalidade individual, a soberania implicava a liberdade (como poder de auto-governo e de realização dos impulsos individuais para agir); assim, no caso da personalidade do Estado, soberania queria dizer autonomia, poder de normação e legitimidade de agir. Embora colocando a questão teórica em termos diversos, outros autores e correntes da segunda metade do século XIX acabaram por desligar a soberania de algo que estivesse fora do Estado, como o rei, ou o povo, e por a identificar com o sentimento natural de obediência, expresso no reconhecimento por todos do poder do Estado, ou com o facto, também natural em todas as comunidades humanas, do exercício da autoridade ou da criação o direito do Estado. Se lermos os constitucionalistas portugueses, sobretudo José Frederico Laranjo, Marnoco e Sousa, José Alberto dos Reis ou José Tavares, encontraremos uma nítida valorização do Estado e do governo, que se afasta da *Carta*, tanto na medida em que desvaloriza o sufrágio inorgânico do liberalismo, como na medida em que também desvaloriza o papel do rei e, por isso, do poder moderador[1019]. No centro da teoria constitucional está, agora, esta organização complexa que organiza a actividade social,

[1016] Rei da Prússia (1861-1888; Imperador da Alemanha, 1871-1888).

[1017] Primeiro ministro da Prússia (1862-1873); Chanceler do II Império Alemão (1871-1890).

[1018] Émile de Laveleye, *Le socialisme contemporain*, Paris, Germier Baillière, 1894, 316.

[1019] Cf. Marnoco e Sousa, *Direito político[...]*, cit., 27.

dando-lhe uma regra, fazendo-a cumprir e satisfazendo as outras necessidades públicas, nos mais variados campos. O problema constitucional central deixa de ser o da forma de vinculação da actividade do Estado aos elementos extra-estaduais (o rei, o povo) que lhe teriam dado origem, para passar a ser o de encontrar um modelo institucional que desse uma regra à acção estadual – que a tornasse previsível e controlável – sem lhe coarctar o dinamismo nem sujeitar o interesse público aos interesses particulares. No fundo, uma forma de resolver, no plano institucional, aquilo que alguns autores consideraram, no plano lógico, como uma petição de princípio – um Estado que se legitima por uma soberania que tem origem no Estado.

As consequências de toda esta re-centralização do Estado, desta sua sobreposição tanto ao monarca como ao povo[1020], tiveram consequências óbvias na sensibilidade ilustrada perante as eleições.

A crítica mais doutrinalmente mais sistematizada ao sistema eleitoral encontra-se num conhecido artigo de Oliveira Martins[1021]. Vale a pena citá-lo:

> "A eleição, na sua brutalidade numérica, é um processo errado. Se o resultado aritmético não está subordinado à sorte, está-o decerto o resultado moral. Fazer uma amálgama de elementos sociais, indiferentes uns, antipáticos outros, é sujeitar a eleição à sorte. A eleição é de facto uma lotaria, e da urna sai apenas uma sorte grande" (*ob.* cit., 155).

A razão não era prática ou conjuntural; era doutrinal e de fundo:

> "As constituições emanadas das doutrinas de direito público em vigor no principio deste século e inspiradas pelo culto da liberdade, religião criada pelo [jus]naturalismo moderno, supõem que de facto o amor da causa pública ou civismo impera no espírito do povo; e é desta falsa hipótese que provêm todos os vícios e erros da organização politica. Essa máquina inteira assenta sobre um equívoco, e é por isso que a política nunca foi tanto como é hoje uma burla organizada em sistema. Não se atribua pois a uma corrupção dos costumes, nem a uma desorganização das ideias morais, que não

[1020] É neste sentido que a doutrina da época (e, hoje, a historiografia constitucional) consideram a "monarquia constitucional" (o Estado de direito, *Rechtsstaat*) como uma via intermédia entre o Estado absoluto (dominado pelo princípio monárquico) e o Estado liberal-democrático. Já em relação ao Estado democrático-jacobino existem alguma proximidade, nomeadamente a da imanência da lei em relação ao Estado e a do carácter ilimitado desta.

[1021] Oliveira Martins, *As eleições*, 1878 (ed. Pedro Calafate, *Oliveira Martins*, cit., 1990).

são em Portugal superiores às do resto da Europa, nem no nosso tempo superiores às das idades que nos precederam, a decadência dos costumes políticos. A causa especial e particular desse facto está no vício das ideias orgânicas do direito público, está no absurdo das disposições constitucionais.

Perante a indiscutível necessidade de delegar a autoridade política, cometida pela filosofia do direito a todos os cidadãos, as constituições liberais emanadas da Revolução Francesa legislaram o *sufrágio* e a representação obtida por meio dele chamaram *nacional*. A análise e a crítica deste primeiro passo no sentido de organizar a democracia bastam para condenar o sistema. Nem o sufrágio é a forma exclusiva e única de obter a representação das forças sociais, embora seja uma dessas formas: nem à representação cabe o nome de nacional porque entre as ideias de nação e de sociedade há uma distância enorme [...]" (*ob.* cit., p. 158/9).

Oliveira Martins explica, depois, que esta distância entre nação e sociedade decorria do carácter abstracto do indivíduo eleitor, quando contrapostos aos concretos membros da sociedade, diferenciados por vivências e interesses; decorria da distância entre o povo inorgânico do individualismo e a nação orgânica do romantismo e do positivismo:

"Quando um homem vai com uma lista entre o polegar e o indicador lançá-la na urna, esse homem nesse momento é sobretudo um cidadão; isto é, o membro de uma sociedade na qual ocupa um lugar, exerce uma profissão, vive de certos e determinados interesses: ou é um lavrador ou um trabalhador rural, ou é um fabricante ou um operário, ou é um proprietário ou é um rendeiro, ou é educado ou analfabeto, ou é católico ou ateu, ou é capitalista ou proletário. Seja porém o que for, é sempre uma coisa diversa do cidadão que antes deitou e do que depois dele vai deitar uma outra lista. Ou a lista possui em si, e por virtude própria, um valor, ou tem apenas o de traduzir graficamente a opinião de quem a deita. Como seria absurdo supor a primeira, resulta que o processo de somar as listas é a infracção de um princípio proclamado por Bezout e todos os aritméticos: não podem somar-se quantidades heterogéneas" (*ob.* cit., p. 159).

A isto acrescia que, de facto, não era o sufrágio que atribuía a autoridade ao poder; esta decorria antes de um sentimento natural, espontâneo, de hierarquia, de necessidade de mando e de sentimento de obediência[1022].

[1022] "Tão falso é o direito divino como a soberania do homem. O homem é um animal cheio de fraquezas. Só a sociedade o nobilita, só a inteligência o enobrece. A ver-

Daí que, se se tinha que relacionar o poder com a sociedade, isto não decorria da necessidade teórica de legitimar o primeiro[1023], mas antes da necessidade prática de o sensibilizar para os diferentes interesses que nesta se manifestavam.

> "Resta organizar a Democracia, tornar real e positiva a autoridade do povo, verdadeira a representação social, para que todas as opiniões e interesses, todos os membros e todos os órgãos do corpo social se achem reproduzidos na Assembleia legislativa, como num microcosmo o Universo (*op. cit.*, 168).

Daí que a democracia fosse, agora, coisa diversa da democracia mecanicista, em que o povo era o princípio, mas nem sempre o fim, do governo. Hoje, a democracia seria o modo de garantir a expressão de todos os diferentes interesses sociais, de modo que o Estado os pudesse organizar harmonicamente e corresponder a eles na justa medida da sua utilidade social: "Queremos que a vida de uma sociedade seja normal e regulada como é a de todos os organismos superiores; queremos que deixe de ser indistinta e caótica; queremos a paz, não queremos a revolução em permanência"[1024] (*ob. cit.*, p. 170). Daí que a representação tivesse que ser coisa diferente de representar indivíduos; deveria representar funções e interesses orgânicos: " Representar os indivíduos, como cidadãos, na sua realidade social, isto é, as classes, e ao lado delas as instituições e o meio

---

dadeira soberania está pois na sociedade, não está nos homens, porque entre a assembleia de uma nação culta e a assembleia de hotentotes há mais distância do que entre esta e a dos quadrumanos" (Oliveira Martins, *As eleições [...]*, p. 168).

[1023] Este legitimava-se a si mesmo como "o princípio da ordem moral e económica da sociedade" (como explica Martins, citando Francisco M. Faria e Maia, *Determinação e desenvolvimento da idêa do direito. Synthese da vida juridica*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1878).

[1024] "A democracia cumpre hoje restaurar as instituições, restabelecer a protecção, reorganizar as classes, como funções e não como privilégios, em virtude do seu caracter especial altivo, e não em virtude de uma ideia hierárquica. Perante a sociedade tem o mesmo valor moral todos os trabalhos. Não e mais nobre a classe dos banqueiros, nem a dos médicos, nem a dos escritores, do que a dos surradores de peles. Pode diferir o valor intelectual dos indivíduos, pode diferir o valor económico dos produtos, não difere o valor social das profissões. Perante a sociedade há apenas órgãos e funções: dizei-me qual é mais nobre, se o aparelho digestivo ou o respiratório, qual mais digno entre o braço e a perna, entre o pulmão e o fígado? Organizar não é pois retrogradar, é progredir. Não queremos a restauração do antigo verbo, queremos o restabelecimento do que à luz dele se criara, criado agora à voz da democracia" (Oliveira Martins, *As eleições*, cit., 170).

ambiente físico e moral, eis aí o princípio, ousamos dizer novo, porque é esta a primeira vez que aparece formulado deste modo no campo das modernas doutrinas politicas" (*ob. cit.*, 180). Oliveira Martins tentou dar um cunho praticável a estas ideias, imaginando uma câmara representativa deste género, segundo uma aritmética representativa de interesses que, ela mesma, diz muito da imagem da Nação e dos seus contornos míticos[1025]:

1ª categoria (As Instituições)	Academia Real das Ciências	1	30
	Universidade de Coimbra	1	
	Escolas politécnicas do Lisboa e Porto	2	
	Escolas médicas de Lisboa e Porto	2	
	Escolas do exército e naval	2	
	4 Províncias eclesiásticas	4	
	3 Relações	3	
	Supremo Tribunal de Justiça militar	2	
	Junta de Crédito Público	1	
	Conselho das Alfândegas	1	
	Tribunal do contas	2	
	Direcções do Comercio e Agricultura	2	
	Junta das Obras públicas e minas	1	
	Supremo Tribunal Administrativo	2	
	Conselho superior de instrução publica	1	
	Junta da saúde	1	
	Misericórdias distritais	2	
2ª categoria (As Classes): representação distrital ou regional	Banqueiros, negociantes e grandes fabricantes	9	115
	Professores, médicos, advogados, etc..	9	
	Marítimos e pescadores	8	
	Proprietários rurais	8	
	Operários fabris	17	
	Agentes, empregados, caixeiros, etc..	17	
	Rendeiros e foreiros lavradores	17	
	Pequenos fabricantes e lojistas	17	
	Trabalhadores rurais	17	
3ª categoria (Condições morais ou materiais)	O governo	7	35
	Os distritos	17	
	As colónias	3	
	Representantes de Lisboa e Porto	2	
	Representantes da nação (eleitos por sufrágio universal e lista única em todo o reino)	6	

[1025] Em *Política e economia nacional [...]*, cit., 11.

A ideia ganha eco nos meios universitários. Marnoco e Sousa, nas suas influentes lições de direito constitucional, dedica largas páginas à descrição e avaliação das diversas formas de representar os interesses sociais nos vários países da Europa[1026-1027]. Depois de propor que "a representação dos interesses sociais é a melhor forma da representação política", justifica deste modo a sua posição:

> "A representação politica deve ser a imagem fiel da sociedade, e por conseguinte reflectir os diversos aspectos por que se manifesta a actividade social. Por isso a representação dos interesses sociais é a melhor forma da representação politica. Tame dizia: conheço chineses, espanhóis, índios e negros, não conheço homens. Em política também conhecemos comerciantes, industriais, operários, militares, agricultores e artistas, mas não conhecemos homens. Os interesses individuais agrupam os homens em diversas funções, por onde se manifesta a actividade da sociedade. O sistema representativo deve, por isso, considerar o eleitor na sua qualidade de membro de uma determinada função social, e não, como acontece actualmente, como uma quantidade numérica, exposta a combinações artificiais. Só então desapareceria no eleitor a inconsciência absoluta que o torna instrumento cego, e algumas vezes perigoso, de ambições e interesses de outrem, ou cúmplice da calamidade pública que se chama corrupção eleitoral, tão profundamente prejudicial à vida do governo representativo nos Estados modernos" (*ibid*, 164).

Nestes termos, a ideia de soberania popular, corporizado pelo sufrágio, estava doutrinalmente em crise, para além de – como disse António Cândido em pleno parlamento – se encontrar "enredada, comprometida, esterilizada pelos processos que a servem e pelas instituições que a rodeiam"[1028].

O segundo factor de desactualização da *Carta* estava na radical mudança que se operara no equilíbrio prático dos poderes.

Já antes, ao tratar na doutrina alemã do Estado de Direito (cf. *supra*, p. 205), se destacou como o legislativo – anteriormente, *causa* da legitimidade democrática do poder (concebida em termos mecanicistas) – cedera a hegemonia ao governo – actual sede da *função* específica do Estado e, logo, da sua legitimidade (agora concebida em termos finalistas).

[1026] Marnoco e Sousa, *Direito politico [....]*, cit. 164 ss..

[1027] V., também, Henrique Baptista, *Eleições e parlamentos na Europa [...]*, cit., 91 ss..

[1028] António Cândido, *Discurso proferido [...] na sessão de 15 de Julho de 1887*, cit., 17-18.

No entanto, esta mudança de equilíbrios não se traduzia apenas numa questão de teoria. Correspondia a realidades políticas práticas, observáveis tanto no organizado e assumidamente intervencionista Estado bismarckiano, como no atabalhoado e alegadamente liberal Estado português. Neste último, apesar do desmantelamento de muito do tradicional aparelho "de polícia", corporativo ou estadual, nos primeiros anos do "liberalismo", o Estado continuava a ter uma enorme intervenção na vida social quotidiana. Permaneciam normas de regulação económica, mecanismos de licenciamento, capacidade de emprego e de atribuição de benesses, controlo do ensino, eficazes actividades de polícias, etc.. A isto, que correspondia ao que as leis – novas ou sobreviventes – dispunham somava-se a acção atrabiliária dos detentores do poder, desde as cúpulas aos modestos funcionários. Não admira que um publicista do início do século XX escreva que "[se o sistema da *Carta*] estabelece, por exemplo, na sua constituição quatro poderes, [...] realmente até hoje não tem existido senão um, todo omnipotente, o poder executivo ou governamental?"[1029]. Mas o certo é que, até na Inglaterra a era vitoriana foi marcada, sobretudo a partir dos anos '60, por um alargamento das tarefas do Estado que contrastava com o abstencionismo liberal. As razões eram tanto doutrinais – uma sobrevivência benthamiana de um governo activo na procura da utilidade privada e pública –, como meramente prática, respondendo ao aumento dos problemas e dos riscos de uma sociedade que, com a revolução industrial, se tornava mais complexa[1030]

A partir dos anos '50, com a inauguração da política de fomento, a capacidade distribuidora do Estado aumentara ainda[1031]. Dois processos corriam, portanto, em paralelo. Um era o do engordamento do Estado, suscitado por políticas de fomento e de satisfação de interesses públicos. Outro, o da privatização do público, o da expropriação do Estado por grupos de funcionários, aliados a grupos de particulares. Como escreve Augusto Fuschini:

"O grande desenvolvimento das obras de interesse geral, que prin-

[1029] Henrique Baptista, *Eleições e parlamentos [...]*, cit., XI.

[1030] Trabalho pioneiro, Oliver MacDonagh, "On the Nineteenth Century revolution in government", em *Historical journal*, 1958; depois, Id., *Early Victorian government, 1830-1870*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1977; por último, Roy MacLeod, *Government and expertise. Specialists, administrators and professionals, 1860-1919*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

[1031] Cf., infra, cap. 15.6.

cipia em 1852 depois da criação do Ministério das Obras Públicas, constitui excelente meio de veniaga política. Estradas, pontes, caminhos-de-ferro, são traçados e construídos conforme as indicações das melhores influências locais. A nossa principal artéria ferroviária sofre atormentada direcção para se aproximar de povoações de secundário valor. Estradas absurdas e dispendiosas vão servir quase, exclusivamente, as propriedades dos grandes influentes eleitorais, que, a seu turno, ou por si ou por interposta pessoa, põem à disposição dos governos partidários a vontade submissa e o voto subserviente no parlamento. Há verdadeiras tribos privilegiadas, compostas pelos parentes e amigos pessoais, até à ínfima clientela dos pequenos exploradores, que cercam e adulam os homens poderosos e influentes. O nepotismo e o favoritismo florescem com exuberância. A veniaga toma proporções enormes, nas eleições e na criação de influências eleitorais. Compra-se por *junto* – desculpem-me a expressão – mas prefere-se a compra individual [142/143] Reforma-se a legislação nacional para fins meramente políticos, são os próprios ministros que o declaram; faz-se uma ditadura de carácter administrativo para encher as repartições públicas de novos empregados, recrutados entre os partidários e, principalmente, entre os amigos dos ministros, o que custa ao tesouro alguns milhares de contos de encargos permanentes; alargam-se as despesas, inventando serviços para dar dinheiro aos protegidos, como o dos grandes estrados de estradas; montam-se agências de concessões oficiais de todas as ordens a particulares, caminhos-de-ferro, terrenos, tudo que o Estado pode dar ou arrendar, para depois estes venderem com enormes benefícios; dão-se concessões prodigiosas a companhias em nome da utilidade pública; em suma, põe-se a imoralidade em activa acção e o país em completo saque!" [151] (Augusto Fuschini, *O presente e o futuro de Portugal*, cit.).

Oliveira Martins, numa síntese sobre a vida política portuguesa[1032], convém no diagnóstico: "a exploração das massas eleitorais pelos compadrios políticos, por meio de conezias de empregos e da distribuição das obras públicas, por vezes concebidos fora de todo bom senso, foi a regra política seguida por todos os partidos" (p. 313). Teria havido uma evolução nos objectivos a atingir, mas o uso da acção governativa do Estado para construir poder era uma constante: antes de 1880, as sinecuras estaduais eram utilizadas como meio de aumentar as clientelas políticas; a partir daí, estabelecera-se a utilização puramente pessoal dos meios, benefícios e lucros gerados pela acção governativa: "grupos de políticos açambarca-

[1032] "Aperçu sur la situation du Portugal", cit., 1957, 313.

dores de interesses organizaram-se e dominaram o governo [...] da sua aliança com os grupos banqueiros europeus surgiu o Carnaval financeiro que caracteriza o período de 1886-1889" (*ibid.*).

Aos níveis mais baixos, o uso do poder de Estado era semelhante, embora de grau diverso. A extensão da garantia administrativa aos funcionários – ou seja, a impossibilidade de os trazer a tribunal sem a autorização dos superiores hierárquicos[1033] –, combinada com a inexistência de uma lei de responsabilidade ministerial que permitisse a actuação de alguns preceitos constitucionais de controlo dos ministros e funcionários, tornavam insindicável a maquinaria governamental. O juiz F. A. Pinto descreve a impunidade dos funcionários num domínio particularmente sensível, o da justiça:

> "Só muito raras vezes tive de julgar algum guarda de polícia ou regedor de paróquia, acusados sobre queixa de cidadãos ofendidos. A acusação nestes casos feita por iniciativa do Ministério Público, no exercício da sua alta missão de promotor da justiça, raríssimas vezes aparecia nos tribunais competentes; e a [acusação] particular era sufocada logo ao nascer pela negação do consentimento do Ministério do Reino[[1034]]. Ora este privilégio era um filho espúrio da devassidão politiqueira, que começava por ofender a paternidade de El-rei e a maternidade da Constituição nacional, e acabava por espezinhar a Nação inteira, vexada e oprimida por tal despotismo. A Constituição repudiava-o, porque ela dera à luz como irmãos gémeos perfeitamente sãos, escorreitos, iguais e amigos, os poderes judicial e executivo, [...] O representante do poder executivo, fosse ele quem fosse, não podia dizer ao seu irmão do poder judicial: eu não quero que tu julgues. Assim como este não podia dizer àquele: eu não quero que tu executes o que eu julguei, nem aquilo que o regimento da tua instituição te manda executar. Isso destruiria a igualdade original dos dois poderes e a boa harmonia, que deve existir entre eles [...]"[1035].

Nem a justiça escapava a esta utilização. Escolhidos pelos caciques eleitorais, os funcionários judiciais – se não os próprios juízes – integravam-se no grande aparelho estadual de troca de serviços. Um magistrado de um tribunal superior, com uma grande experiência da justiça de província, traça um panorama cruel da politização da justiça[1036]:

[1033] Cf., antes, cap. 11.4.5.

[1034] Por meio da chamada garantia administrativa.

[1035] F. A. Pinto, *O despotismo*, cit., 412.

[1036] F. A. Pinto, *O despotismo*, cit..

"A função contenciosa da justiça [...] faz parte do feudo eleiçoeiro. Se alguma duvida se levanta, as partes não se dirigem ao tribunal: solicitam audiências da senhoria, suplicam-na, incensam-na, prostram-se, recitando a fórmula sacramental, *fiat voluntas tua* ...como a diriam ao próprio Deus. O oráculo pondera os alqueires de semeadura da votação, ou as dedicações da galopinagem na balança eleitoral, e pronuncia-se de ciência certa e poder absoluto. Fica dirimida a contenda; e ficam medidas e registadas as capacidades absorventes dos contendores. As pessoas capazes e patriotas, que se prezam, dispensam desta maneira os tribunais. [401] Não há causas cíveis nem comerciais, porque o cidadão conspícuo e circunspecto, após um largo tirocínio de vida civil regressiva, convenceu-se de que a judicatura está absorvida por outro poder: e por isso encarta caminho, dirigindo-se a quem manda, quando o aperta a sede de justiça. Para os considerandos fundamentais da decisão não leva articulados nem provas, nem mesmo invoca textos de lei; mas apresenta uma conta corrente bem deslindada com o seu antagonista, pela qual demonstra um saldo razoável a seu favor, de alqueires de semeadura e votos consequentes. O antagonista, convencido pela evidência desta justiça, subordina-se [406]; [por sua vez] [...], "a instituição do Ministério Público tinha-se desnaturado a pouco e pouco, tornando-se não já o procurador da coroa, tornando esta como símbolo da unidade nacional, mas sim o procurador do poder politico do partido dominante. E dessa aberração resultavam perturbações muito funestas para a justiça. O Ministério Público nesta situação estava coacto, e não podia exercer as suas funções, nem as exercia contra os dirigentes no poder, quando por ventura prevaricassem; e a impunidade, infelizmente, era para ele tão deletéria, que o tinha conduzido a uma depravação mortal. Esse mal agravou-se ainda com a garantia administrativa, de que ultimamente abusava até aos confins do possível" (*ob.* cit., 418).

Neste contexto, as garantias políticas do primeiro liberalismo (tipicamente, protecção contra a prisão arbitrária, garantia da propriedade, liberdade de expressão) tinham perdido grande parte do seu sentido. O ponto crítico das liberdades cidadãs desviara-se para questões que não tinham merecido uma adequada garantia constitucional: a igualdade perante as prestações estaduais, o princípio da legalidade da administração e as formas da sua garantia (sobretudo, contenciosa), a responsabilidade ministerial, a responsabilidade dos funcionários, a responsabilidade extra-contratual do Estado, a transparência da administração, os mecanismos de avaliação do mérito dos agentes do Estado.

Alguns destes temas já antes foram abordados – nomeadamente os

do contencioso administrativo e o da garantia administrativa[1037]. Menos técnico e, por isso, mais visível no espaço público era a questão do conúbio entre os interesses dos políticos e as entidades financeiras, industriais e comerciais estreitamente relacionadas – ou mesmo dependentes da actividade do governo. O remédio para esta questão era – segundo se cria – a publicação de uma lei de incompatibilidades mais rigorosa, que proibisse que os mesmos decidissem no ministério ou no parlamento aquilo mesmo que os iria beneficiar nos conselhos de administração das suas empresas.

Também o regime das incompatibilidades, tal como vinha desenhado na *Carta*[1038], respondia a outras preocupações. Nos primeiros tempos do constitucionalismo, o que se queria evitar com ele, era a perturbação do equilíbrio dos poderes; nomeadamente a possibilidade de o executivo corromper ou coarctar a liberdade dos parlamentares ou com o oferecimento de empregos ou com os vínculos de fidelidade que estes acarretavam.

Assim, a constituição de 1822, proibia deputados, durante o tempo das sessões das cortes, de exercer dos seus empregos eclesiásticos, civis e militares (art. 109). Por sua vez, a *Carta Constitucional*, fazia cessar durante as funções de par ou de deputado, o exercício de qualquer emprego, à excepção dos de conselheiro de Estado e ministro de Estado (art. 31). A Constituição de 1838 confirmava o anterior regime (art. 51). O Acto Adicional de 1852 deixava à lei eleitoral a determinação dos empregos incompatíveis (art. 9, II), embora admitisse a derrogação das incompatibilidades pelas câmaras (art. 3.°).

Mas esta incompatibilidade intra-estadual não constituía, agora, o único ou mesmo o principal problema. Agora, punha-se também a questão de incompatibilidades entre o público e o privado, que o pensamento liberal se recusava a encarar, na sua optimista ideia de que o bem comum era o resultado automático dos bens particulares.

E, de facto, o decreto de 30.9.1852 regulou a matéria, acrescentando às incompatibilidades com empregos públicos, uma que se referia ao sector privado e que se tornara urgente nesta nova fase de uma administração activa, colaborante com as empresas privadas na obrigação que agora assumira de satisfazer necessidades públicas: os deputados estavam dora-

---

[1037] Cf., *supra*, cap. 11.4.5.

[1038] Sobre este, e a sua evolução ulterior, Lopes Praça, *Estudos [...]*, cit., II.2., 137 ss.; 229; Trindade Coelho, *Manual [...]*, 485; 518; José Frederico Laranjo, *Princípios de direito político*, cit., 169 ss.; Marnoco e Sousa, *Direito político*, 500 ss.. Cf., ainda, D. Luiz da Câmara Leme, *Incompatibilidades políticas [...]*, cit..

vante impedidos de ser arrematantes, directores, caixas gerais e principais gestores de qualquer contrato de rendimentos do Estado, de ser arrematantes e administradores de obras públicas; ou de ocupar o lugar de director de quaisquer companhias ou sociedades que recebessem subsídios do Estado ou administrassem alguns dos seus rendimento; mas podiam, depois de eleitos, optar pelo lugar de deputado ou pelo anterior emprego ou comissão (arts. 13 e 15)[1039]. Já o decreto de 28.3.1895 e a lei de 21.5.1896 (ambos, Hintze-Franco) inovaram bastante. Nomeadamente porque, em relação aos empregos privados e às profissões liberais de advogados ou de médicos, introduziram um sistema de quotas máximas. Se os profissionais livres – nomeadamente os advogados – protestaram vivamente perante o que achavam ser uma medida discriminatória para as classes[1040] – já a opinião pública reagiu contra a possibilidade que assim abertamente se introduzira de contar nas câmaras com porta vozes dos interesses privados relacionados com o Estado ou dependentes dele. Por outro lado, os casos de incompatibilidades, em virtude da administração de companhias, constituíam inelegibilidades, que, pela natureza das coisas, só se davam quando se detivessem aqueles cargos ao tempo da eleição; por isso, a lei era defraudada desde que os candidatos suspendessem o exercício no período da eleição, voltando ao seu exercício depois desta[1041]. A situação piorou ainda com a lei eleitoral de 26.7.1899 (José Luciano de Castro) e com o decreto eleitoral de 8.8.1901 (Hintze Ribeiro), *que* limitavam a incompatibilidade ao exercício cumulativo de cargos privados subsequentes à eleição, "admitindo, entretanto, que indivíduos que a data da eleição exercessem semelhantes cargos pudessem ser eleitos deputados, e se socorressem, portanto, da influência dos mesmos cargos para serem eleitos"[1042].

[1039] A lei de 23.11.1859 manteve, basicamente, o mesmo regime.

[1040] Cf. Marnoco e Sousa, *Direito político [...]*, cit., 506, defendendo o ponto de vista dos pobres advogados: "[...] é indubitável que a advocacia e a clínica são profissões muito independentes, que só indirectamente podem aproveitar com as medidas legislativas, além de que os médicos e advogados não representam no parlamento as próprias classes, não devendo presumir-se que abusem do mandato legislativo em benefício próprio [...] na história do nosso parlamento não há abusos que possam justificar uma tão larga extensão das incompatibilidades".

[1041] O insuspeito Trindade Coelho (*Manual [...]*, cit., 519) valoriza de forma diferente esta legislação, com base em que cominava com a perda de mandato a aceitação subsequente à eleição de qualquer lugar privado da natureza referida (como já sucedia pela lei eleitoral de 21.5.1884 (Fontes).

[1042] Trindade Coelho, *Manual [...]*, cit., 519.

Aparte estas questões relacionadas com o crescimento[1043] e insindicabilidade prática da máquina administrativa, a crescente hegemonia do governo decorria também de questões de índole financeira.

O crescimento da máquina estadual e a progressiva assunção de novas tarefas tinham feito aumentar o volume das despesas públicas[1044]. Apesar de as receitas ordinárias também irem crescendo, o certo é que o défice público não cessava de aumentar, como se pode ver do quadro e do gráfico seguintes. Défice orçamental e aumento da dívida (e dos respectivos encargos financeiros) eram, seguramente, uma questão financeira. Mas não eram menos uma questão política, relevante para o tema que se está a discutir. Na verdade, se representavam um aperto para o Estado, para os financeiros representavam uma oportunidade de negócio, já que o défice se tinha que compensar por empréstimos do Estado, ou a curto prazo (dívida flutuante), ou a longo prazo (dívida consolidada). Deste modo, a solidariedade entre os governantes e os banqueiros, financeiros e agiotas reforçava-se com o descalabro orçamental, como muitos dos analistas contemporâneos não deixam de salientar.

Anos	**Receitas totais.**	**Despesas Ordinárias**	**Despesas Extraordinárias**	**Encargos da dívida**	**Despesas Totais**	**Saldos**
51-52	11.594	9.677		**1.551**	11.228	**366**
52-53	13.496	10.141	135	**2.845**	13.121	**375**
53-54	17.456	7.934	608	**2.521**	11.063	**6.393**
54-55	13.813	10.240	480	**3.007**	13.727	**86**
55-56	12.200	9.146	1.370	**2.839**	13.355	**-1.155**
56-57	17.571	11.507	51	**3.110**	14.668	**2.903**
57-58	12.432	14.053	238	**3.606**	17.897	**-5.465**
58-59	12.553	13.977	338	**3.622**	17.937	**-5.384**
59-60	12.298	16.284	182	**4.154**	20.617	**-8.319**
60-61	13.003	11.767	300	**4.033**	16.100	**-3.097**
61-62	13.716	16.142	492	**4.307**	20.941	**-7.225**
62-63	14.618	16.771	265	**5.293**	22.329	**-7.711**
63-64	15.674	15.669	352	**5.734**	21.755	**-6.081**
64-65	17.766	13.739	1.812	**5.924**	21.475	**-3.709**
65-66	15.471	13.150	2.270	**5.855**	21.284	**-5.813**
66-67	14.966	14.487	2.143	**6.207**	22.837	**-7.871**
67-68	16.544	14.190	8.462	**6.928**	29.580	**-13.036**

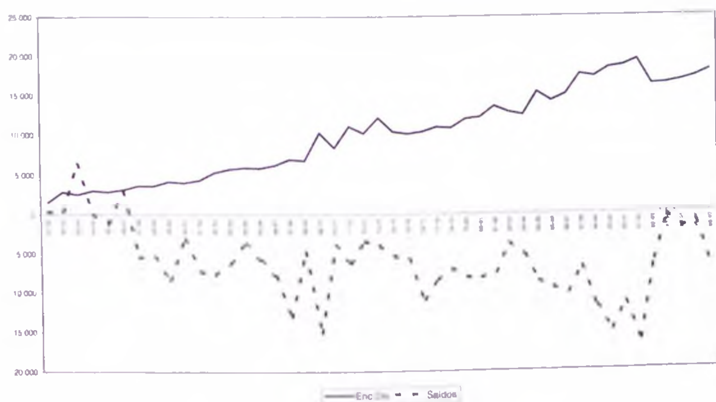
[1043] V. antes cap. 11.4.8.3.5.
[1044] V. antes cap. 11.4.8.3.6.

Anos	Receitas totais.	Despesas Ordinárias	Despesas Extraordinárias	Encargos da dívida	Despesas Totais	Saldos
68-69	16.514	12.969	1.535	**6.774**	21.278	**-4.764**
69-70	18.026	11.699	10.144	**10.278**	33.091	**-15.065**
70-71	18.100	12.260	1.408	**8.377**	22.045	**-3.945**
71-72	19.291	12.586	1.733	**11.046**	25.465	**-6.174**
72-73	21.649	12.747	2.152	**10.173**	25.072	**-3.423**
73-74	24.632	12.661	3.786	**12.103**	28.550	**-3.918**
74-75	23.743	13.367	5.375	**10.333**	29.097	**-5.354**
75-76	25.753	14.891	6.500	**10.040**	31.491	**-5.738**
76-77	25.859	19.403	7.058	**10.301**	36.762	**-10.903**
77-78	25.490	17.876	5.177	**10.913**	33.966	**-8.476**
78-79	27.330	20.113	3.388	**10.789**	34.290	**-6.960**
79-80	23.782	18.323	1.682	**11.899**	31.904	**-8.122**
80-81	25.849	17.780	4.151	**12.095**	34.026	**-8.177**
81-82	28.649	18.577	4.120	**13.455**	36.152	**-7.503**
82-83	30.825	18.421	3.382	**12.743**	34.546	**-3.721**
83-84	29.737	18.521	4.175	**12.370**	35.066	**-5.329**
84-85	31.102	18.681	5.754	**15.280**	39.715	**-8.613**
85-86	38.618	19.506	7.442	**14.128**	41.046	**-9.478**
86-87	31.767	20.727	6.183	**14.976**	41.886	**-10.119**
87-88	38.116	21.304	6.213	**17.487**	45.004	**-6.888**
88-89	38.693	21.957	11.526	**17.208**	50.691	**-11.998**
89-90	39.436	26.476	11.579	**18.305**	54.360	**-14.924**
90-91	39.865	24.477	8.612	**18.584**	51.373	**-11.508**
91-92	38.643	26.351	9.280	**19.316**	54.947	**-16.304**
92-93	41.876	27.147	4.728	**16.139**	48.014	**-6.138**
93-94	46.105	27.347	2.866	**16.248**	46.461	**-356**
94-95	46.520	29.083	2.937	**16.603**	48.603	**-2.083**
95-96	53.179	31.625	5.859	**17.077**	54.561	**-1.382**
96-97	50.657	33.556	6.310	**17.896**	57.792	**-7.135**

(Fonte: Augusto Fuschini, *O presente e o futuro de Portugal*, cit., 184)

O envolvimento nos negócios políticos do banqueiro Henry Burnay (1837-1909)[1045], nos anos finais da monarquia constitucional, documenta bem este deslize plutocrático da monarquia constitucional.

[1045] Segundo Bordalo Pinheiro, no seu *Álbum de glórias*: "*Compra, vende, troca, empresta, põe, dispõe, impõe, repõe, fia, fura e faz*". O seu arquivo pessoal está hoje no Arquivo da Torre do Tombo.



(Fonte: Augusto Fuschini, *O presente e o futuro de Portugal*, cit.,184)

A nova estrutura do poder de Estado, combinada com a ausência de mecanismos eficazes de controlo, permitia, portanto, uma enorme concentração de poderes, materialmente oposta àquilo que se pretendera com a divisão de poderes.

O Estado transformara-se num corpo monstruoso, de que todos dependiam e de que todos esperavam algo[1046].

Esta concentração de poderes não era, porém, senão um segundo patamar do divórcio entre a massa do povo e a elite governante. Independentemente dela, o poder – na sua solicitude com os cidadãos – já funcionava para poucos.

Antológico, neste sentido, é o texto de Oliveira Martins, publicado sob a forma de um requerimento, pedindo a construção de uma doca na Póvoa do Varzim:

> "Essa gente da Póvoa, Senhor, é ama nódoa de vergonha para o governo de uma nação europeia. Vive hoje como há vinte – quem sabe? – há trinta séculos. Precioso documento para o arqueólogo, é um espectáculo melancólico para todos nós. São portugueses! Que sabem eles? Há anos, o irmão de Vossa Majestade e seu predecessor no trono falou-lhes no mar. Perguntou à companha de uma lancha se eram portugueses. – Não, senhor, nos cá somos poveiros responderam eles com o seu falar gutural, às vezes

[1046] Cf. o impressivo texto de Ramalho Ortigão e Eça de Queirós, *As farpas [...]*, cit., Maio de 1871, p. 37.

quase ininteligível. Que laços os ligam à comunidade nacional? Que lhes dá o Estado? Nenhuns. Nada. Autoridades conhecem apenas duas: a Senhora da Lapa que os socorre nos temporais, e a Sant'Ana, ou outra vareira, que lhes compra o peixe e lhes dá dinheiro sobre as redes, no Inverno, nos dias de fome. Melhoramentos – consinta Vossa Majestade que use desta palavra burocrática e avessa -não devem nenhuns. De estradas não carecem: a sua estrada é o mar. Ler não sabem. Para quê? – Casam? Parece que sim, mas vivem numa tal ou qual promiscuidade. Demandas não têm. Se eles nada possuem! [...] [Para os poveiros] Senhor-Governo consiste em duas pessoas: o empregado fiscal que lhes tira uma parte da pesca, e o administrador que vai periodicamente reclamar os recrutas. Eles então, como selvagens, afectam estupidez. – Qual José? São todos José, Manuel, etc., de propósito para confundir os escribas. José? perguntam, coçando a nuca; e afinal, fingindo lembrar-se, apontam para os recifes do porto: – Ali, ali vão lá buscá--lo! [...] Quanto a votar não lhes importa: ignoram para que isso valha. Aceitam o papel que a Sant'Ana lhes dá, papel que a Sant'Ana recebeu do administrador. Passivos, calados, pedintes em terra, heróis sobre o mar, existem encravados entre a vila e as ondas, na orla do país, como uma baba da população minhota. São um resto de gente pré-histórica. E o gentio civilizado, com a obtusidade dura que lhe é própria, nem os entende, nem os protege, nem também os odeia. Trata-os de resto e diz com indiferença que «são pescadores». Vai ver chegar os barcos e descarregar o peixe, distraindo-se com a algazarra selvagem da faina sobre a praia. [...] Que diriam esses milhares de súbditos vossos, se porventura os vossos governos tivessem feito o necessário para lhes permitir falarem, extraindo-os do estado selvagem em que vivem? Que impressões iriam pelos cérebros enevoados dessa gente apenas capaz, tal como é, de pasmar boquiaberta diante das maravilhas da Povoa no tempo dos banhos, pedindo esmola aos banhistas? [...] São, contudo, mais de quatro mil súbditos vossos; contribuem para a produção anual do reino com 300 ou 400 contos da riqueza líquida [...] Dão 15 contos por ano ao vosso tesouro, e custam nada, coisa alguma recebem do vosso governo. E isto dura assim, anos após anos; e os Invernos vêm e os verões passam, e o mar ruge e os barcos voltam-se, e as mulheres desgrenhadas choram, e os homens caem no fundo do mar, afogando-se – caem como as gotas de água, pesadas e vagarosas, antes da tempestade! O poveiro, Senhor, nada sabe, por isso nada exige: não há que temer daí as trovoadas sociais! Por isso mesmo, ninguém o ouve; por isso mesmo, ninguém lhe paga uma parte sequer da dívida enorme da nação para com ele"[1047].

[1047] Oliveira Martins, "Requerimento dos poveiros", *Política e economia nacional*, Porto, 1885, 193-200 (excertos).

Embora se tenham escritos recentemente boas sínteses sobre esta paradoxal relação entre o Estado "representativo" e os "representados"[1048], o texto de Oliveira Martins, no seu dramatismo e na sua beleza literária, constitui disso uma boa síntese.

[1048] V., por exemplo, o impressivo capítulo "O Estado visto de baixo", em Rui Ramos, *A segunda fundação* [...], cit., 81-86.

14. OS ACTOS ADICIONAIS.

Em 1842, a *Carta* é reinstalada, sendo todavia prometida a sua revisão[1049].

À *Carta* censurava a oposição democrática: a mais radical, o veto real absoluto e o bicamaralismo; a menos radical, o voto indirecto e censitário e a independência tributária do governo face às câmaras, sobretudo em virtude da possibilidade constitucional de governar sem que uma parte importante dos impostos (impostos indirectos) tivesse sido aprovada em cortes[1050]. O carácter autoritário do governo de Costa Cabral, bem como a cobertura que lhe fora dada pelo trono, acentuara ainda mais a reacção contra a primazia que, no sistema originário da *Carta*, era dado ao par Moderador-Executivo. São estes, portanto, os principais pontos da agenda constitucional, durante o resto da década de quarenta. E, por isso, são também estas as inovações do Acto Adicional de 1852, que fecha este ciclo político.

14.1. **O Acto Adicional de 1852.**

Reconhecida a necessidade da reforma constitucional[1051], mandou--se proceder a eleições de nova câmara com os poderes necessários para

---

[1049] Restaurada formalmente pelo dec. de 10 Fevereiro 1842. Novo juramento da Carta, P. 17 Janeiro 1842. Sobre a propostas de revisão da *Carta*, entre 1845 e 1885, cf. Clemente José dos Santos, *Estatísticas e biographias [....]*, cit., I, 84. Decretos que outorgam e retiram poderes constituintes às Câmaras Decretos 10.2.1842 (manda pôr em vigor a Carta até à modificação da *Const. 1838*); 5.3.1842 (retira poderes constituintes aos deputados); 27.7.1846 (convoca cortes constituintes); 9.10.1846 (invalida o anterior). Sobre o contexto da reposição em vigor da *Carta* e as ulteriores propostas de revisão, v. Maria Manuela Tavares Ribeiro, "A Restauração da *Carta constitucional*", cit.

[1050] Sobre o regime de aprovação do orçamento e dos impostos, cf., antes, cap. 11.4.8.3.6.

[1051] Sem observância, como se dirá, dos preceitos da *Carta* quanto à sua própria revisão.

reforma da *Carta* nos artigos que a experiência aconselhasse corrigir, "para melhor garantia da liberdade, da monarquia representativa e dos inalteráveis princípios em que a mesma *Carta* a quisera estabelecer e constituir".

Eleita a câmara com poderes constituintes pelas eleições convocadas pelo dec. de 25.5.1851, estas iniciam – 4.3.1852 – a discussão do projecto[1052] saído da Comissão[1053] criada para dar parecer sobre a proposta do governo[1054].

A primeira questão que se levanta é a da constitucionalidade do processo de revisão, já que a *Carta* exigia (art. 142) que os poderes constituintes fossem atribuídos à nova câmara por decisão da anterior. O próprio Duque de Saldanha prometera à Rainha, em carta que é publicada e invocada nas Cortes, uma reforma da *Carta* pelos meios legais[1055]. Tratava-se, no fundo, de reservar para a legislativo a prerrogativa de promover a reforma da *Carta*, modelo paradoxal em relação a uma carta outorgada, se atendermos a que o próprio poder moderador ficava privado de tomar a iniciativa de suscitar a reforma da sua dádiva[1056]. Ora o que acontecera em 1851 foi que o governo, interpretando – com base no que o público pedira ao Marechal Saldanha, na célebre sessão de teatro no Porto – a vontade do país como querendo a reforma da *Carta*, atribuíra poderes constituintes à câmara eleita de pois da revolução. Os mais rigorosos dos deputados entendiam que isto era inconstitucional e que o decreto de convocação de eleições não podia valer neste particular. Essa é a opinião de Vicente Ferrer, professor de direito da Universidade de Coimbra, alinhado na ala reformista e que, por isso, não é que não quisesse reformas; o que as queria era mais amplas do que o permitia o decreto governamental: "Na censura de direito de todos os publicistas, não há ninguém que possa duvidar, de que a Constituição é a Lei Suprema de um Estado, e que todas as outras são secundárias e dependentes dessa primeira Lei (*Muitos*

[1052] Precedida de um relatório dos ministros Duque do Saldanha, Rodrigo da Fonseca Magalhães, António Aloísio Jervis do Atouguia e António Maria do Fontes Pereira de Mello.

[1053] Formada por José Inácio Pereira Derramado, Lourenço José Moniz, Antonio Luís de Seabra, Sebastião José de Carvalho, Vicente Ferrer Neto de Paiva, Leonel Tavares Cabral e Almeida Garrett [relator].

[1054] Que altera muito pouco (cf. *Diário da Câmara dos Deputados*, s. 24.1.1852, 1852, I, p. 250 ss.).

[1055] Cf. *Diário da Câmara dos Deputados*, 1852, I, 89.

[1056] Na verdade, tinha-o feito em 1842 (dec. 10.2).

apoiados). Uma Lei ordinária pode revogar qualquer Lei de Estado, mas não a primeira" (*DCD*, 1852, I, 54). Para esta corrente, passar por cima das fórmulas constitucionais constituía um risco gravíssimo, por aí passando justamente a grande divisão política do momento, entre os que preferia a legalidade estabelecida às incertas flutuações do voto popular ou parlamentar[1057]. Havia, ainda, argumentos suplementares: faltavam de 53 deputados para a câmara estar completa e aquilo que era preciso aprovar quanto ao orçamento não carecia de reforma constitucional. Outros, em contrapartida, contentavam-se com a fórmula encontrada. Porque, desde logo, desvalorizavam a necessidade de reformas políticas[1058]; porque entendiam que uma revisão mais funda iria de novo sabotar o ideal de união da "família portuguesa", que agora animava o grande centro[1059]; mas também porque não entendiam bem que a forma constitucional se sobrepusesse ao objectivo patriótico[1060], sobretudo num sistema de voto representativo e

[1057] "Em Portugal, e não só em Portugal existem há muito tempo duas Escolas diversas com doutrinas conhecidas; a Escola da Soberania Popular e da Omnipotência Parlamentar, e a Escola do Direito Constituído e da Legalidade restrita, cuja fonte é a Carta. Em presença daquela o direito da revisão não admite dúvida. Perante a outra a revisão só dentro os trâmites marcados nos seus artigos pode verificar-se. Entre as duas tem sido constante a luta, e tem-se mantido firme a linha de separação. Talvez do parte se exagerem os incidentes, e se avultem os escrúpulos; mas a grande incompatibilidade reside na própria base [...] A fisionomia dos Partidos caracteriza-se pelos seus princípios: e exigir deles que os cedam, é pedir-lhes nada menos que o suicídio (Rebelo da Silva, *Diário da Câmara dos Deputados*, 1852, I, 100-102). De alguma forma, é a tradução para português da preocupação que, no centro da Europa, fazia surgir o *Rechtsstaat*.

[1058] "Sr. Presidente, o País grita por toda a parte – Dai-nos Fazenda, fazei-nos Justiça, fazei Economias – e ainda ninguém disse, trate-se da Reforma da Carta. E pergunto eu, o País ficará mais rico com a Reforma da Carta? Ficará mais bem administrado? Terá melhor justiça? Serão melhor arrecadados os tributos! Aumentar-se-á a riqueza publica? Não, Sr. Presidente, por mais que se emende, por mais que se reforme, o Código da Liberdade não pode ser uma verdade, quando os que estiverem à testa da Administração do País jurarem sofismá-lo *(Apoiados)*. Sr. Presidente, não é nas Leis que está o defeito, é nos executores delas *(Apoiados)*"(Fernandes Tomás, *Diário da Câmara dos Deputados*, 1852, I, 59).

[1059] "Uma Revolução, que transigiu com todas as opiniões, que quis chamar a Família Portuguesa a um só centro (Muitos apoiados); que quis que nos esquecêssemos das nossas discórdias civis, e que nos abraçássemos todos como irmãos e amigos (Muitos apoiados) (Vozes: – Muito bem)" (Almeida Garrett, *Diário da Câmara dos Deputados*, 1852, I, 63).

[1060] "[...] entretanto apareceu uma Circular, creio que do Sr. Ministro do Reino que restringiu o direito, que nós tínhamos como Câmara Constituinte, de reformar a Carta, somente naqueles pontos em que o Governo apresentasse a iniciativa; quando a Iniciativa

não imperativo, em que o conteúdo das procurações dos eleitores podia ter tanta relevância; sobretudo quando o país já falara, informalmente, apoiando a revolução de Abril de 1851.

Seja como for, a maioria rejeita a impugnação da constitucionalidade da reforma (na sessão de 9.3.1852[1061]). Entra-se no debate na especialidade, cujos pontos mais quentes são a instituição do sufrágio directo, a concessão de voto aos funcionários públicos, nomeadamente aos amovíveis, a incapacitação eleitoral dos libertos e a concessão ao executivo – aos seus vários níveis, desde o governo aos governadores ultramarinos – de capacidades legislativas para as colónias.

Se o sufrágio directo não levanta grandes oposições, já a combinação desta medida com o abrandamento dos requisitos para se ser eleitor parece, em geral, imprudente. O voto, dizia-se, era uma função, mais do que um direito pessoal. Na verdade, quem votava representava, em Portugal, 25 não eleitores[1062], de cujos interesses o votante não podia dispor, nem gerir imprudentemente. Temia-se a falta de senso do povo pobre e a influência dos caciques locais sobre os mais desprovidos: "[...] não há um só indivíduo dentro desta Câmara que não tenha observado, que, em geral, aos homens pobres, àqueles que precisam de trabalhar quotidianamente para satisfazer as primeiras e principais necessidades da vida, importa-lhes muito pouco o voto, e quase sempre quando votam é porque são obrigados a isso para obsequiarem um indivíduo poderoso de quem dependem", afirmava convictamente Barjona de Freitas no Parlamento[1063]. Também era preocupante – mas agora sobretudo para a oposição democrática – a utilização pelo governo das dependências dos funcionários. Se a direita era mais sensível aos primeiros riscos, a esquerda insistia sobretudo nos segundos:

---

devia partir daqui; mas nós, pelo menos os que pensam como eu, não nos importamos com isso, não usaremos direito, porque temos posto de parte a Politica, e só queremos dar a nossa atenção às medidas Administrativas e Económicas, que são aquelas de que o País carece" (Fernandes Tomás, *Diário da Câmara dos Deputados*, I, 1852, 59).

[1061] *Diário da Câmara dos Deputados*, 1852, I, 127 (com os votos favoráveis, entre outros, de Braancamp, Jervis de Atouguia, Passos (José), Silva Sanches, Passos (Manuel) e Vicente Ferrer; contra de Agostinho Albano, Correia Caldeira, Antonio Emílio, Ávila, Lousada, Lopes Branco, Barão das Lages, Conde de Samodães (D. Francisco), Gomes de Carvalho, Vanini de Castro, Lobo de Moura, J. P. d'Almeida Pessanha, Mexia, Honorato Ferreira, Fonseca Castelo Branco, Ferreira Pontes, Farinho, Mendes Leal (Júnior), Rebelo da Silva); a discussão na especialidade inicia-se logo de seguida (ibid., p. 133).

[1062] Cf. Nogueira Soares (*Diário da Câmara dos Deputados*, 1852, I, 136/137); em França, a proporção entre eleitores e cidadãos seria muito mais baixa (c. de 1 para 4).

[1063] *Diário da Câmara dos Deputados*, 1852, I, 153.

"Se nós damos o direito do eleger a Empregados Públicos inteiramente dependentes do Governo, que não podem deixar de votar com o Governo, sem ficarem imediatamente em risco de perder as subsistências, que é o que vamos fazer! Vamos talvez fazer com que continue um sistema condenado pelo País, um sistema que o País não quer de maneira nenhuma que Continue" (Nogueira Soares, *DCD*, 1852, I, 144). Enquanto que Passos Manuel dizia "Não sei se o lado Direito da Câmara concordará comigo numa reforma essencialíssima da *Carta* mas julgo dever indicá-la francamente a esta Assembleia. A *Carta* confere o direito de votar a todos os empregados assalariados do Tesouro. É o Orçamento da Despesa que governa o Estado, no sentido mais lato do vocábulo. E o Poder Executivo que realmente elege o Parlamento, e esta funesta providencia, este deplorável artigo, que torna sofismável todo o Sistema Representativo, *e a* origem de todas as nossas desgraças, a causa de todas as desordens que se têm sucedido em Portugal desde 1820" (Passos Manuel, *DCD*, 1852, I, 148).

Discutida a questão, regressou-se ao sistema de eleição directa das Constituições de 1822 e 1838 (cf. art. 4), ao passo que o censo dos eleitores é baixado para 100$000 (quando, antes, era de 200$000), embora se mantenha o censo de 400$000 para os elegíveis[1064]. Para além disto, alargava-se o voto aos cidadãos casados, aos oficiais do exército e aos titulares de graus académicos ou aos sacerdotes, independentemente do seu nível de rendimento (cf. art. 5). Com isto, o universo eleitoral é alargado, embora se mantenha a interdição eleitoral que antes já atingia os criados (bem como os falidos e os libertos). Para muitos deputados, a incapacidade dos libertos evocava a incómoda questão da escravatura, além de repousar numa assunção chocante: a de que a esta, mesmo quando redimida pela alforria, deixava marcas permanentes, desmentindo a esperança progressista de uma futura era de igualdade. Isto era, de resto, uma constatação que muitos não hesitaram em explicitar e de teorizar no parlamento[1065]. Tanto mais que o senso comum lhes era favorável, como se viu na votação final.

[1064] Para se ter uma ideia da correspondência destes montantes, refira-se que, 100$00 de renda anual representava uma salário diário de cerca de 300 rs. . Ora, em 1856, o salário médio de um trabalhador rural, no distrito de Coimbra, era de 175 rs, sendo de 270 rs. o salário diário de um artífice; cf. *Relatorios sobre o estado da administração publica nos districtos administrativos do continente do Reino e ilhas adjacentes em 1858*. Coimbra, tabela 29. Ou seja, nem uns nem outros seriam eleitores.

[1065] Sobre a questão, v., detalhada e profundamente, Cristina Nogueira da Silva, *A cidadania nos Trópicos [...]*, cit..

Em matéria de financeira, criam-se limitações importantes à autonomia do executivo. A primeira é a da obrigatoriedade de votação anual de todos os impostos (e não apenas das contribuições directas, como dispunha o art. 137 da *Carta*). A segunda é a impossibilidade de transferências de verbas do orçamento das despesas para finalidades diferentes das que tinham sido aprovadas pelas câmaras. A terceira é a criação de um sistema parlamentar e judicial de controlo das contas do Estado, obrigando-se o governo a apresentar anualmente as contas de gerência e de exercício ao parlamento (art. 13) e instituindo-se um Tribunal de Contas (cf. art. 12, § 3)[1066].

Estas medidas – sobretudo a primeira – têm um alcance político fundamental, pois permitem o funcionamento efectivo de um sistema parlamentar: o governo passava a carecer da maioria parlamentar para governar, pois, sem ela, não conseguia fazer aprovar os meios financeiros para tal. Por outro lado, também as correcções importantes do orçamento das despesas passavam a estar sujeitas ao controlo das câmaras; que, por último, deviam aprovar o modo efectivo como o orçamento tinha sido executado.

No plano da política externa aparece uma novidade, a da necessidade de aprovação parlamentar prévia dos tratados, concordatas ou convenções internacionais.

Em contrapartida, são instituídos poderes normativos autónomos do governo para o ultramar, na sequência de uma norma da Constituição de 1838, que já mostrara sensibilidade à diferente situação de metrópole e colónias quando às fórmulas de administração civil e política. No entanto, esta possibilidade de legislar em ditadura para as colónias significava o abandono de um dos dogmas do sistema representativo – o da separação de poderes. Sem que, por outro lado, a alegada "descentralização" do poder de decisão não beneficiasse a população local – nem sequer a colonial, fará a nativa ... –, apenas acrescentando poder – e, agora, poder sem controlo parlamentar – aos delegados locais do governo. Como muito justamente observou o deputado goês Jeremias Mascarenhas:

> "[...] o sistema Representativo, que é a divisão dos Poderes, é o meio eficaz para obstar ao despotismo; porque a feição característica do Absolutismo é o mesmo Poder *fazer* Leis, executá-las, e daqui nasce *o posso, quero e mando*. Eu, Sr. Presidente, bem sei, que uma fracção do Poder Legislativo dada a uma Província pode ser um presente; não dado ao Poder,

1066 V., sobre todos estes temas, antes, cap. 11.4.8.3.6.

e seus Delegados, mas sim a uma Assembleia de eleição popular, como eram as antigas Assembleias Provinciais v. g. de Virgínia, e outras Províncias da América do Norte quando Colónias da Grã-bretanha, e são as modernas concedidas pela mesma Nação à sua Colónia do Cabo de Boa. Esperança, e outras porque, concedida [a fracção do Poder legislativo] ao Poder, e seus Delegados importa o Absolutismo, mas concedida ao povo, ou seus Representantes importa a liberdade, e garantia contra o Absolutismo: querem fazer este presente às Províncias Ultramarinas? Deem ao menos às que estão em circunstâncias, as Assembleias Provinciais, que façam para suas Províncias Leis; que depois sejam sancionadas pelas Cortes Gerais; então estas Províncias agradecer-lhes-ão o presente; mas presente, que consiste em estabelecimento do verdadeiro Poder Absoluto, rejeito-o em meu nome, em nome da Província, que represento, em nome de todo o Ultramar"[1067].

O Acto Adicional de 1852 trouxe uma pacificação na vida política; a atenção volta-se para as tarefas de fomento. Esta viragem para uma administração activa tem, evidentemente, consequências constitucionais. Por um lado, leva à criação de mais uma Secretaria de Estado (a do Fomento e Obras Públicas), superintendendo serviços com uma natureza estrutural inédita – a de uma administração activa, visando criar novas condições para a actividade dos privados, e não apenas procurando manter os equilíbrios estabelecidos.

O Acto Adicional – finalmente aprovado pela Câmara dos Deputados em 2.7.1852[1068] – foi relativamente pouco importante, no plano das reformas políticas. A instituição de eleições directas não impediu o descrédito contínuo do sistema eleitoral e, por arrastamento, do sistema parlamentar. O reforço do controlo parlamentar das finanças podia ter sido um factor de reforço da parlamentarização do sistema, se os governos, recorrendo à dissolução, não conseguissem alterar facilmente em seu favor as maiorias parlamentares. A própria discussão inicial, sobre a legitimidade constituinte das câmaras, mostrou que as preocupações centrais não estavam, então, nas reformas políticas, mas naquilo a que então se chamava as reformas da administração. Era em torno desse ideal de um governo que pacificasse a luta política e que, sobretudo, satisfizesse activamente as

[1067] *Diário da Câmara dos Deputados*, 1852, I, 330. Sobre o tema, de novo desenvolvidamente, Cristina Nogueira da Silva, *A cidadania nos Trópicos [...]*, cit..

[1068] Enviado à Câmara dos Pares, é aí brevemente discutido de (cf. *Diário do Governo*, 1852, ns. 150 ss.).

carências materiais do povo, dando cumprimento às promessas de progresso feitas desde há vinte anos, que se formava agora um grande centro, que ia dos cartistas a setembristas moderados.

14.2. Os projectos de reforma constitucional de 1871-1872

Dada a timidez das reformas políticas, a maior parte dos factores de crise enumerados no capítulo anterior continuaram a manifestar-se, mesmo depois da revisão de 1852. Embora nem todos os problemas passassem por aí, foi ganhando protagonismo a ideia de uma nova reforma da *Carta*, tendo-se criado Partido Reformista (Sá da Bandeira, Alves Martins, 1867) e, mesmo, um Partido Constituinte (Dias Ferreira, António Augusto de Aguiar e Manuel Pinheiro Chagas, 1871). Em 16 de Agosto de 1871, o deputado Francisco Mendes[1069], do Partido Reformista, propôs uma revisão da *Carta*, centrada na reestruturação da Câmara dos Pares.

Para ele, seria de algo natural, já que "as instituições dos povos livres, nas idades antigas e modernas, foram sempre verdadeiros organismos, contendo no seu seio o princípio da sua progressiva evolução". Mas, no caso da constituição portuguesa, tratava-se de mais do que isso, pois nenhum povo de origem latina se regeria por uma constituição tão adversa à interferência popular no governo[1070]. O princípio monárquico e a prerrogativa régia inutilizariam a representação nacional, frequentemente não em nome de um supremacia neutra dos interesses superiores do Estado, mas também como resultado do preconceito e do capricho de um homem. Porque, na verdade, o rei era um homem que dirigia homens; e, nisso, igual a todos os "cidadãos, a quem impera, e humanos também os interesses que dirige. Têm no ânimo real o seu lugar inevitável as paixões" (*ibid.*, p. 437). Assim, os mesmos riscos de irracionalidade da democracia se podiam observar na monarquia. Enfim, vacilava o fundamento teórico do poder real ou moderador, ou seja, a sua capacidade de instituir um equilíbrio racional, neutro e superior. Daí o juízo puramente negativo que se fazia do papel constitucional do rei no sistema da *Carta*:

[1069] Embora o texto tivesse sido da autoria de Latino Coelho. Sobre estes projectos de reforma v. Júlio Joaquim da Costa Rodrigues da Silva, "Debate constitucional e reforma da Carta no início dos anos setenta (1871/1873)", cit..

[1070] *Diário da Câmara dos Deputados*, 1871, p. 435.

"O chefe hereditário da nação está no mais eminente lugar, vestido pela carta com todas as armas constitucionais para estas justas, incessantes e pacificas, em que a democracia prova a cada passo o seu brio e o seu esforço, e em que não raro os representantes do direito popular são vencidos pelo herdeiro da tradição. O rei é [...] o magistrado supremo da nação, investido no direito ilimitado de nomear e demitir os membros do governo, do evocar os mandatários populares, e adiar e dissolver assembleias. O segundo ramo da legislatura deve ao rei a sua origem, porque a prerrogativa pode com uma carta régia converter em um memento o mais obscuro cidadão num perpétuo legislador. Além da sua acção directa nas duas casas do parlamento, o rei constitui a instância da legislatura, e uma palavra sua, expressa no veto imperativo, basta para anular o decreto da nação formulado pelos seus representantes. O rei não julga, mas perdoa e comuta as penas impostas pelos tribunais em. certos casos, nas amnistias politica, antepõe-se à livre acção da justiça, e com o ceptro quebra os grilhões dos encarcerados, ou restitui a pátria aos que vagavam em terra estranha. A força armada pende do seu arbítrio. Os empregos públicos são por ele conferidos, e em grande -mero de casos sem que a lei prescreva as condições de colação. As honras e as mercês com que às vezes costumam premiar os méritos e os serviços, e não raro sustentam as ambições e se lisonjeiam as vaidades, são discricionariamente repartidas pelo rei, o qual, além dos poderes directos por que exerce a sua autoridade, tem ainda nos favores da munificência uma nova origem de [...] poder. [...]"[1071].

Perante a coroa, de pouco poderia o elemento democrático (cf. p. 434). É certo que, em princípio, pelo voto anual do imposto e da despesa e pela fixação da força pública, "a representação nacional tem a faculdade, mais aparente que efectiva, de negar os recursos e os exércitos aos governos do que descrê, e de só prevenir e acautelar contra os desmandos e usurpações, que fariam descair em verdadeira tirania o governo da nação" (p. 435). Mas, "contra estas armas populares [...] tem a coroa, porém, o adiamento, o veto, a dissolução, o direito de modificar a seu sabor a segunda câmara, e de a separar cada vez mais doe interesses populares, de que a traz quase sempre divorciada a sua índole essencialmente aristocrática e a sua perpetuidade hereditária" (*ibid.*, 435). Embora o âmbito da reforma proposta fosse muito vasta, já se entende que o seu fio condutor seria a atenuação (ou extinção) do poder moderador, com a correspondente mudança da natureza da câmara alta. Mudança que, no contexto nacional,

[1071] Francisco Mendes, *Diário da Câmara dos Deputados*, 1871, p. 434.

carências materiais do povo, dando cumprimento às promessas de progresso feitas desde há vinte anos, que se formava agora um grande centro, que ia dos cartistas a setembristas moderados.

14.2. Os projectos de reforma constitucional de 1871-1872

Dada a timidez das reformas políticas, a maior parte dos factores de crise enumerados no capítulo anterior continuaram a manifestar-se, mesmo depois da revisão de 1852. Embora nem todos os problemas passassem por aí, foi ganhando protagonismo a ideia de uma nova reforma da *Carta*, tendo-se criado Partido Reformista (Sá da Bandeira, Alves Martins, 1867) e, mesmo, um Partido Constituinte (Dias Ferreira, António Augusto de Aguiar e Manuel Pinheiro Chagas, 1871). Em 16 de Agosto de 1871, o deputado Francisco Mendes[1069], do Partido Reformista, propôs uma revisão da *Carta*, centrada na reestruturação da Câmara dos Pares.

Para ele, seria de algo natural, já que "as instituições dos povos livres, nas idades antigas e modernas, foram sempre verdadeiros organismos, contendo no seu seio o princípio da sua progressiva evolução". Mas, no caso da constituição portuguesa, tratava-se de mais do que isso, pois nenhum povo de origem latina se regeria por uma constituição tão adversa à interferência popular no governo[1070]. O princípio monárquico e a prerrogativa régia inutilizariam a representação nacional, frequentemente não em nome de um supremacia neutra dos interesses superiores do Estado, mas também como resultado do preconceito e do capricho de um homem. Porque, na verdade, o rei era um homem que dirigia homens; e, nisso, igual a todos os "cidadãos, a quem impera, e humanos também os interesses que dirige. Têm no ânimo real o seu lugar inevitável as paixões" (*ibid.*, p. 437). Assim, os mesmos riscos de irracionalidade da democracia se podiam observar na monarquia. Enfim, vacilava o fundamento teórico do poder real ou moderador, ou seja, a sua capacidade de instituir um equilíbrio racional, neutro e superior. Daí o juízo puramente negativo que se fazia do papel constitucional do rei no sistema da *Carta*:

[1069] Embora o texto tivesse sido da autoria de Latino Coelho. Sobre estes projectos de reforma v. Júlio Joaquim da Costa Rodrigues da Silva, "Debate constitucional e reforma da Carta no início dos anos setenta (1871/1873)", cit..

[1070] *Diário da Câmara dos Deputados*, 1871, p. 435.

"O chefe hereditário da nação está no mais eminente lugar, vestido pela carta com todas as armas constitucionais para estas justas, incessantes e pacificas, em que a democracia prova a cada passo o seu brio e o seu esforço, e em que não raro os representantes do direito popular são vencidos pelo herdeiro da tradição. O rei é [...] o magistrado supremo da nação, investido no direito ilimitado de nomear e demitir os membros do governo, do evocar os mandatários populares, e adiar e dissolver assembleias. O segundo ramo da legislatura deve ao rei a sua origem, porque a prerrogativa pode com uma carta régia converter em um memento o mais obscuro cidadão num perpétuo legislador. Além da sua acção directa nas duas casas do parlamento, o rei constitui a instância da legislatura, e uma palavra sua, expressa no veto imperativo, basta para anular o decreto da nação formulado pelos seus representantes. O rei não julga, mas perdoa e comuta as penas impostas pelos tribunais em. certos casos, nas amnistias politica, antepõe-se à livre acção da justiça, e com o ceptro quebra os grilhões dos encarcerados, ou restitui a pátria aos que vagavam em terra estranha. A força armada pende do seu arbítrio. Os empregos públicos são por ele conferidos, e em grande -mero de casos sem que a lei prescreva as condições de colação. As honras e as mercês com que às vezes costumam premiar os méritos e os serviços, e não raro sustentam as ambições e se lisonjeiam as vaidades, são discricionariamente repartidas pelo rei, o qual, além dos poderes directos por que exerce a sua autoridade, tem ainda nos favores da munificência uma nova origem de [...] poder. [...]"[1071].

Perante a coroa, de pouco poderia o elemento democrático (cf. p. 434). É certo que, em princípio, pelo voto anual do imposto e da despesa e pela fixação da força pública, "a representação nacional tem a faculdade, mais aparente que efectiva, de negar os recursos e os exércitos aos governos do que descrê, e de só prevenir e acautelar contra os desmandos e usurpações, que fariam descair em verdadeira tirania o governo da nação" (p. 435). Mas, "contra estas armas populares [...] tem a coroa, porém, o adiamento, o veto, a dissolução, o direito de modificar a seu sabor a segunda câmara, e de a separar cada vez mais doe interesses populares, de que a traz quase sempre divorciada a sua índole essencialmente aristocrática e a sua perpetuidade hereditária" (*ibid.*, 435). Embora o âmbito da reforma proposta fosse muito vasta, já se entende que o seu fio condutor seria a atenuação (ou extinção) do poder moderador, com a correspondente mudança da natureza da câmara alta. Mudança que, no contexto nacional,

---

[1071] Francisco Mendes, *Diário da Câmara dos Deputados*, 1871, p. 434.

seria de resto uma elementar medida de realismo[1072]. Porém, para além disso, o deputado reformista propunha o reforço da intervenção popular, pela consagração aberta de "três grandes imunidades naturais, primitivas, incontestáveis, anteriores e superiores a todo o pacto constitucional": "liberdade do pensamento e da sua expressão oral e escrita", "direito de pacifica associação", liberdade de reunião (*ibid.*, p. 435); a que, depois, acrescenta a liberdade religiosa (*ibid.*, p. 438).

Antecipando as costumeiras críticas da superfluidade das reformas constitucionais face às reformas materiais, o deputado explica porque é que as reformas políticas, longe de as empatarem, condicionam as reformas materiais e económicas: "o governo para ser fecundo há de ser harmónico consigo mesmo e congruente. Uma gerência popular da fazenda pública, a administração civil fundada em princípios democráticos mal podem coexistir com instituições políticas em que não estejam visivelmente acentuadas as feições da democracia. E seria um erro gravíssimo o supor e declamar que as formas do governo são indiferentes ou inertes na decadência e na prosperidade nacional, e que todo o problema social está cifrado em balancear à justa a conta corrente das nações" (*ibid.*, 436).

A conjuntura política era, porém, perturbadora. A França acabara de sair das comoções da Comuna e, em Portugal, o incidente da proibição das Conferências do Casino excitara as críticas radicais ao regime.

Daí que, embora ninguém se afirmasse contra a necessidade de reformas, a maioria regeneradora rejeitou o projecto reformista. Uns acusaram-no de radical. Outros limitaram-se à litania – já conhecida de 1852 – da necessidade de não distrair o país das medidas de progresso material com supérfluos reformas políticas de fundo. Os regeneradores, em geral, dizem-se de acordo com a reforma, mas não com a sua oportunidade. A Barjona de Freitas parece

> "[...] inoportuno o ensejo para projectos desta ordem. O país exige-nos a organização da administração e da fazenda pública, como necessidade impreterível (*apoiados*). Em França não é só Mr. Thiers, não é só a

[1072] O deputado não deixa de frisar como uma câmara aristocrática se tornara incongruente num país sem aristocracia que contasse politicamente: "Não existe em Portugal um corpo aristocrático, a quem a grande concentração da propriedade a autoridade da tradição tornem distinto do estado popular, por algum destes decisivos caracteres, que em todas as oligarquias antigas e modernas deram razão de ser a um patriciado legislativo. Uma câmara do pares politica, senão socialmente semelhante à de Portugal, não existe hoje, não existiu jamais na Europa continental" (*ibid.*, p. 437).

assembleia de Versailles, pois vejo pelos jornais políticos e científicos que todos os homens sensatos entendem que é mister adiar as questões da constituição definitiva do governo ate que o país se refaça dos seus últimos desastres e se organize internamente"[1073]. Lobo de Ávila, por sua vez, é ainda mais cauto, pois entende "que a remodelação completa da carta constitucional seria altamente inconveniente, e contrária aos princípios legais da sua reforma[1074] nos termos em que ela é definida *(apoiados)* [...] não se pode estar discutindo a remodelação completa da constituição de um país e ao mesmo tempo ocupar-se seriamente de outras questões *(apoiados)*. A remodelação completa da constituição de um país é tão grave e tão importante, que naturalmente prejudicaria o estudo de todas as outras leis orgânicas de que o país carece, e paralisaria para outros assuntos urgentes a acção do parlamento e do governo. Sem pretender de modo algum que se trate exclusivamente da questão financeira e administrativa, é certo todavia que estas são as mais urgentes; porque sem desaparecer o *deficit*, sem nós termos meios para dotar a instrução pública, que há de esclarecer os povos, sem a questão de fazenda estar resolvida, nós dificilmente podemos dar um passo *(apoiados)*"[1075].

Mais apocalíptico ainda era o progressista José Luciano de Castro[1076]:

"Em isto o que me assustou é que não se pode sujeitar à discussão todo o nosso código político. Fora lançar no meio de uma sociedade tranquila, sossegada, toda devotada à tarefa imensa dos seus melhoramentos morais e materiais, o gérmen de debates violentos, perigosos, e porventura funestos à própria liberdade".

Estes cautelosos discursos, em que o acordo de princípio se rematava sempre com decisivos "poréns", mereceram a um deputado reformista uma resposta certeira:

"Todos querem apresentar-se progressistas; todos querem professar um grande credo; todos pretendem levantar-se no dorso da grande onda popular, que agita as sociedades modernas; todos protestam hastear essa bandeira [...]; todos, todos, ainda os mais reaccionários, se confessam

---

[1073] Barjona, *Diário da Câmara dos Deputados*, 1871, p. 442.

[1074] Tal como outros deputados, Ávila entende que a Carta só permite a sua reforma parcial, cirúrgica, mas não a sua revisão radical. O argumento era literal (art. 140: "*algum* dos seus Artigos merece reforma").

[1075] Ávila, *Diário da Câmara dos Deputados*, 1871, 447.

[1076] José Luciano de Castro, *Diário da Câmara dos Deputados*, 1871, 451.

sacerdotes do progresso; mas todos também, em nome da oportunidade e da ocasião, e das conveniências do momento, e não sei do que mais, se revoltam contra esse credo que professam, contra a doutrina que evangelizam!"[1077].

O governo respondeu, na abertura da sessão parlamentar seguinte (2.1.1872), com a promessa de um projecto de reforma constitucional próprio, lido na Câmara dos Deputados a 15 desse mês[1078]. O mesmo faz o Partido Histórico, com outro projecto (sessão de 24.1).

José Luciano – que antes se assustara com a amplitude da proposta reformadora de Francisco Mendes – apresenta, a 24.1.1872[1079] um projecto mais circunscrito de revisão da *Carta*. Neste projecto – que não chegou a ser discutido – o mais interessante é, talvez, o diagnóstico dos males políticos do país com que ele abre a sua proposta.

Na opinião de José Luciano, a crise do sistema político fora aberta pela crise financeira e pela instabilidade governativa que ela causara nos últimos cinco anos. Mas o mal era mais fundo e, para ele, tinha um nome – "corrupção", como sinónimo de perda do sentido do público. Os partidos tinham deixado de se organizar em torno de uma ideia, neles prevalecendo antes, "as conveniências públicas e o exclusivo interesse individual"; os direitos individuais estariam à mercê da "especulação e da audácia"; a corrupção imperaria sem limites; "o poder, dominado pelo desejo de vencer todas as resistências, não conhecendo restrições às suas ousadias, confiscando em seu proveito todas as atribuições legislativas, investe desassombradamente com as liberdades públicas, põe em almoeda as graças destinadas a galardoar o mérito e os serviços feitos à nação, seduz com promessas, distribui as funções do Estado por quantos só lá designam a trocar a isenção da consciência pelo cobiçado salário do tesouro, e o regime constitucional volve-se em despotismo ignominioso, exercido por uma minoria audaz, que tudo ousa, e todas as liberdades conculca e afronta no meio da surpresa e da quase geral indiferença do País". As eleições não escapavam a esta moléstia do sistema; seriam "uma burla". Como resultado, esta situação reflectia-se "tristemente na governação do Estado, e mormente na sua gerência financeira e na consolidação do crédito nacional. Desaparece a confiança dos capitais. É difícil o pagamento do

1077 Osório de Vasconcelos, *Diário da Câmara dos Deputados*, 1871, 449.
1078 Apresentado por António Rodrigues Sampaio.
1079 *Diário da Câmara dos Deputados*, 1872, p. 119.

imposto. A instabilidade dos governos exclui a madureza do estudo, a eficácia dos projectos ministeriais, a execução das mais úteis ideias de reforma, e o exacto e regular cumprimento de qualquer programa administrativo ou económico" (*DCD*, 1872, 121).

Perante tão negro quadro, a reforma proposta parece exígua e atomista. Concentra-se, afinal, no reforço das garantias individuais contra o Estado, como se este já fosse irreformável, e apenas houvesse que dar aos privados os meios de se protegerem. Quanto à estrutura política, apenas se procura restringir o poder moderador quanto ao poder de dissolução[1080] e reformar a Câmara dos Pares, no sentido de restringir a hereditariedade e de caminhar tendencialmente para uma segunda câmara electiva[1081].

Em síntese, propunha-se:

> "Que a liberdade individual seja plenamente garantida, não se permitindo a prisão senão em flagrante delito, ou com culpa formada[1082] [...]; – que se garantam os direitos do petição às corporações administrativas do eleição popular, do reunião, de associação, do liberdade de ensino e de consciência, consentindo ao menos a todos o culto particular e domestico [...]; – que se dê a todos os cidadãos o direito de resistir ao pagamento do imposto, que não for votado pelas cortes [...]; – que se confira o direito de votar nas assembleias eleitorais a todos os cidadãos que estiverem no gozo

[1080] Para libertar o rei – também ele – da influência corruptora dos políticos: "fixar-se algumas condições ao exercício da prerrogativa real, que sem estreitar demasiadamente a sua liberdade, ponha a coroa a coberto de imoderadas exigências dos seus ministros", *Diário da Câmara dos Deputados*, 1872, 124.

[1081] "A Câmara dos Pares não pode subsistir com a sua actual organização. A capacidade legislativa não se transmitem com a herança. O direito de intervir na feitura das leis não deve estar à mercê dos acasos do nascimento [...] A Câmara dos Pares nem representa actualmente urna classe distinta, que entre nós não existe, nem tem a autoridade e o prestigio necessários para obstar às demasias da câmara popular. O seu fim na nossa actual organização politica não pode ser outro que o do evitar a precipitação nas leis, e submeter a novo e maduro exame as proposições aprovadas na primeira câmara. A este intuito se deve pois acomodar a sua composição. A eleição Popular ó incontestavelmente o meio mais legitimo de designar os legisladores e a manifestação directa da soberania nacional. Fixar categorias para os elegíveis é outra condição a que é mister atender para evitar que haja duas câmaras constituídas por modo análogo [...] Não seria então preciso mais do que uma eleição dentro de categorias, que representem a ilustração, a independência [...] o número dos pares ou senadores deveria ser fixado na devida proporção com o dos deputados" (*Diário da Câmara dos Deputados*, 1872, 121).

[1082] Os casos de prisão sem culpa formada tinham vindo a aumentar, ao abrigo de legislação ordinária.

de direitos civis [de acordo com o *Novo Código* civil]; que as legislaturas sejam trienais; – que as câmaras legislativas [...] se reúnam por direito próprio no dia designado para a abertura das suas sessões [...]; – que depois da dissolução do uma câmara, não possa a outra que a substituir, ser dissolvida antes do decorrido um ano; – que o adiamento só poderá ser decretado uma vez em cada sessão ate ma mês [...]; – que a Câmara dos Pares seja substituída por um senado electivo [...] ou por uma câmara electiva e vitalícia [...]; – que se determine que os ministros pelos crimes comuns que cometerem, são sujeitos às penas e aos tribunais comuns; pelos crimes especiais que praticarem no exercício das suas funções respondam perante o Supremo Tribunal de Justiça, e sejam sujeitos as penas e processo que em legislação especial se ordenar; – que se declare expressamente que a constituição[...] não pode ser suspensa nem parcial nem totalmente; – que se designem claramente os artigos constitucionais da carta, e que se interpretem os artigos 140.°, 141.°, 142.° o 143.°; – que não se possa fazer-se nenhuma alteração nestes artigos em que seja ratificada pelo sufrágio popular" (*DCD*, 1872, p. 125).

Nenhum dos projectos chegou a ser discutido. Este último, porém, merece uma chamada de atenção. Partindo de um diagnóstico, já conhecido, de governamentalização excessiva – que constituiria a nova ameaça contra a liberdade, José Luciano propõe uma estratégia liberal, de reforço dos meios efectivos de defesa dos direitos e garantias dos particulares, partilhando de um sentimento, comum às opiniões públicas de vários países europeus – nomeadamente, dos *tories* ingleses – de que o novo risco para a liberdade[1083] vinha da legislação, da intervenção governamental e, finalmente, daquilo que, já para os fins dos séculos, se chamará (nem sempre num sentido pejorativo) o novo "colectivismo" da vida social e política.

14.3. **O Acto Adicional de 1885**

O Acto Adicional de 1885 (25.9) foi da iniciativa do Partido Regenerador. Basicamente, ocupa-se de uma questão politica estruturalmente menor – o estatuto da Câmara dos Pares, cujo papel constitucional estava em queda desde há muito[1084].

[1083] Cf., antes, caps. 11.4.7 e 11.4.8.3

[1084] V. Filomena Mónica, "A lenta morte da Câmara dos Pares", cit..

O espírito moderado da reforma estava desde logo anunciado no relatório do governo:

"Necessário é, pois, que presida sempre o espírito conservador a qualquer reforma constitucional progressiva. Parece um paradoxo, mas é verdade inconcussa. Avançar lentamente para avançar com segurança; inovar a tempo; retemperar as instituições nas forças e no espírito do século, mas não sacrificar à sedução das teorias abstractas, nem mudar só pela imitação de estranhos, ou pelo desejo de experimentar novidades".

O carácter limitado da reforma[1085] teve como consequência imediata a recusa de discussão do projecto governamental pelo Partido Progressista. Logo no início da discussão na generalidade, o chefe do Partido Progressista, Anselmo Braancamp Freire declarou que "a proposta das reformas politicas, logo que foi apresentada pelo governo, foi recebida [...] com geral e desdenhosa indiferença. Tal foi a convicção de que ela não satisfazia a nenhuma das aspirações dos partidos liberais, nem tão pouco sanava os erros e os males para os quase procurávamos remédio" e que "o Partido Progressista não pode discutir este projecto, porque [...] se o fizesse, teria de renegar [...] as doutrinas que ele sempre tem sustentado"[1086]. Mas é Dias Ferreira, o verdadeiro doutrinador progressista e velho defensor de reformas constitucionais radicais, quem aprofundou – num discurso notável de análise da situação política do país – o tema de que a limitação da reforma aos artigos da *Carta* que vinham indicados na lei de convocação das Cortes constituintes (de 13 de Maio do 1884) tornava inútil o debate político[1087-1088]. O argumento central de Dias Ferreira é o mesmo que produzira em 1870: as reformas políticas não estorvam as administrativas e financeiras indispensáveis ao país, entes são a sua condição:

"Mas poderão dizer-me, se a questão da fazenda é a questão vital, donde vem esse entusiasmo pelas reformas políticas? Da necessidade prin-

---

[1085] Início da discussão na Câmara dos Deputados: sess. 10.4.1885, p.1064; Votação na generalidade, p. 1316; Aprovação na especialidade, 1420. Câmara dos Pares: nomeação da Comissão para dar parecer, p. 362; parecer, p. 414; projecto, sess. De 25.5.

[1086] *Diário da Câmara dos Deputados*, 1885, 1073.

[1087] Alguns deputados arguirão que a fixação dos limites de revisão no decreto de convocação das eleições correspondia a um mandato imperativo, aquele mesmo que o projecto de revisão proibia. Em todo o caso, a especificação dos artigos era uma exigência da *Carta* (art. 140).

[1088] Na Câmara dos Pares, João Crisóstomo, porta voz do partido Progressista, repetiu as mesmas alegações de que o projecto de reforma era um sofisma, DCP, 1885, 417.

cipalmente do regularizar a fazenda, respondo eu, como tenho respondido mil vezes. Os que impugnam a necessidade das reformas politicas até se têm servido do argumento do que elas estão prejudicando a resolução da questão de fazenda. Ora os factos demonstram exactamente o contrário.[...] Mesmo os fiscais do real de água, os escrivães de *fazenda*, e nalgumas partes os funcionários judiciais, se não estão de acordo com os magnates da terra ou com o deputado do círculo, podem ter a certeza de que a sua ultima hora soou. *(Riso)* Daqui resulta não haver administração, nem em tal se pensar. Eleições livres não as pode haver sem serem feitas pelo povo; e a liberdade do povo é um mito, enquanto ela estiver em tudo e por tudo, dependente do governo. Em Portugal ainda as mais insignificantes funções são exercidas por despacho do governo. Até o escrivão do juiz ordinário e o guarda da alfândega são de nomeação do governo! Hoje até passou a grande eleitor o ministério das obras públicas. As câmaras municipais e as juntas gerais do distrito, se não merecerem a benevolência do governo, escusam de esperar pela concessão dos subsídios que lhes são devidos em virtude das leis! Esta é a situação violentamente centralizadora da administração pública, e nestas tristes condições ninguém conte com eleições livres!".

Ou seja, para Dias Ferreira, a questão central era a falsificação do sistema representativo pela governamentalização do país; desde os concelhos – em que dominavam os influentes políticos locais, apoiados nas benesses governamentais que podiam agenciar – até à administração central, em que o novel e crescente Ministério das Obras Públicas se tinha transformado, pelas benesses em cargos e negócios, que podia distribuir, num novo "grande eleitor"[1089].

É certo que o projecto abria com uma declaração (art. 1) – translatícia desde há décadas, que muitos consideraram supérflua – de que os deputados e os pares são representantes da Nação, e não do rei que os nomeia, ou dos colégios e dos círculos que os elegem. A finalidade desta precisão era apresentada, no preâmbulo como uma medida para impedir que, nas Cortes, os deputados se comportassem como representantes egoístas dos seus círculos, limitados pelos encargos políticos que deles trouxessem, como os procuradores das câmaras das velhas cortes de Antigo Regime:

"Declarar que pares e deputados, qualquer que seja a origem do seu mandato, são os representantes de toda a nação, além de imprimir ao parlamento o carácter de representação nacional que deve ter, oferece remédio para um dos males que modernamente se atribuem ao sistema parlamentar.

[1089] *Diário da Câmara dos Deputados*, 1144.

Consiste o mal nos embaraços que levantam as exigências das diversas localidades à administração geral do país [...] correndo como certo que não devia o deputado ser mais do que uma espécie de solicitador dos interesses do círculo por onde foi eleito, sob pena do perder a influência, consideração, crédito politico: [vendo-se] a cada instante sacrificar interesses gerais da nação aos interesses particulares das localidades ou dos indivíduos, e tornar-se impossível a administração pública pelo predomínio que sobre ela exercia fatalmente a politica parcial e interesseira"[1090-1091].

Como Dias Ferreira não participou na discussão do projecto na generalidade, as suas propostas não foram concretizadas. Mas, para combater esta governamentalização do país, o importante era, para ele, "armar o povo". E, neste sentido, "os nossos hábitos brandos e pacíficos reclamam alteração radical na constituição politica para se poder entrar em vida nova. A Carta – proclama enfaticamente – deu o que tinha a dar"[1092]. "Armar o povo" era, para o famoso civilista de Coimbra, evitar o monopólio do governo sobre todos os órgãos políticos, diversificando a origem e vinculação destes. Por exemplo, no que respeita à Câmara dos Pares, "armar o povo" era acabar com o quase monopólio da Câmara alta por dependentes do governo, cobertos pela anuência do poder real:

> "Que significavam estas fornadas [...]. Significavam que os governos consideravam a câmara dos dignos pares como um corpo essencialmente politico, e não como um corpo de ponderação e do moderação " (*DCD*, p. 1172) [...] Foram os próprios ministros, e os próprios membros daquela assembleia, que no ano passado, a propósito da discussão sobre a necessidade da reforma do pacto fundamental, confessaram, e por mais do uma

---

[1090] Relatório, *Diário da Câmara dos Deputados*, p. 1065; discussão na generalidade, 1073; na Câmara dos Pares, Agostinho Ornelas também explica o citado artigo 1.° com a perda de importância dos círculos eleitorais, reduzidos a um mundo de compadrios: "Circunscrita a missão dos membros do nosso parlamento a serem os agentes ou procuradores do localidades, dependentes nas mais pequenas coisas, como se hão-de ocupar de questões de administração colonial, por exemplo, ou de política estrangeira, ou de fazenda ?" (DCP, p. 425).

[1091] Indirectamente, podia querer dizer-se mais do que isso: também os pares representariam a Nação, e não o rei que os nomeia; o que não destoaria do tom anti-"monárquico" e parlamentarista que o "espírito dos tempos" imprimira também a outros pontos da reforma: introdução de pares eleitos; manutenção das classes nas quais o rei teria que nomear os pares vitalícios; sujeição dos actos do poder moderador a referenda.

[1092] Não quero desarmar o princípio monárquico, mas reputo preciso armar o elemento popular" (*Diário da Câmara dos Deputados*, p. 1173).

plorar a intervenção real, sob a forma das tradicionais "fornadas" de pares[1098]. Não era esta a única medida que, neste Acto Adicional, reforçava o parlamentarismo. Também o poder de dissolução das câmaras era levemente restringido (art. 7, § 2).

No capítulo dos direitos, reforça-se, embora timidamente, as garantias cidadãs, no sentido antes proposto por José Luciano, nos inícios da década de '70: introduz-se a possibilidade de apresentação de queixa por infracção da constituição e garante-se expressamente o direito de reunião, embora dependente de regulamentação por ulterior legislação (art. 10)[1099]. Já a questão da liberdade religiosa – objecto de ampla discussão, sobretudo sobre a proposta extinção do beneplácito régio – não foi consagrada, permanecendo o já quase ímpar artigo 6.° da *Carta*, com a sua definição de religião de Estado e de proibição de quaisquer outros actos de culto, públicos ou privados; complementado, depois, por normas do Código penal, que puniam a apostasia e a ofensa à religião do Estado. Em todo o caso, como referiu Júlio de Vilhena, na discussão parlamentar[1100], a situação tinha vantagens, mesmo para os que temiam a reacção católica – funcionalizava a Igreja:

> "Se um dia houver república em Portugal, e eu existir, pedirei aos dirigentes dessa forma de governo a liberdade de cultos durante dez anos. Não me dêem mais nada. Dêem-me a liberdade de cultos que eu prometo organizar o partido católico e de tal modo que há-de destruir dentro em dez anos todas as ideias radicais proclamadas pelo partido republicano. *(Apoiados.)* E claro que lhes pedirei a liberdade de cultos como a proclamam, mas não a perseguição à religião católica, como vulgarmente a entendem *(Apoiados), 1293 [...]* Os membros do episcopado português são funcionários públicos subsidiados pelo Estado e sujeitos, para os efeitos temporais, ao governo. Se houvesse liberdade do cultos entre nós, eu não podia dizer que são funcionários públicos os bispos portugueses; mas como a religião católica é a religião do Estado, eu digo que os membros do episcopado português são funcionários públicos subordinados ao ministro da

[1098] Cf., antes, cap. 13.

[1099] Sobre esta regulamentação, v. Trindade Coelho, *Manual político [...]*, cit., 1906, p. 400 (direito de reunião reconhecido pelo dec. 2 de 15.6.1870 (Saldanha)); revogado pelo dec. ditatorial de 29.3.1890 (Lopo Vaz), exigindo autorização; restabelecido pela L. 26.6.1893 (João Franco); o dec. ditatorial de 9.12.1897 (Luciano de Castro), proibia as reuniões não autorizadas de funcionários; o dec. 24.12.1901 dispunha o mesmo para os professores primários..

[1100] Cf. *Diário da Câmara dos Deputados*, 1885, 1289 ss..

justiça, e este não tem acima de si senão o rei, que o demite, e o parlamento, que o censura *(Apoiados.)*" (p. 1294).

Em suma. Tal como resultava da proposta do governo, geralmente aprovada nas Câmaras, o Acto Adicional de 1885 representou, de facto, um sofisma. Ao restringir o poder real, correspondia a uma reclamação democrática que deixara de fazer sentido para a reforma do sistema, pois os males deste residiam na governamentalização do regime, de que as eleições, controladas pelos partidos, e o parlamentarismo eram uma peça fundamental. Neste sentido, a chave das reformas estava, ou numa mudança radical do sistema eleitoral que garantisse a verdade das eleições (de resto, difícil de imaginar nos seus contornos)[1101]; ou numa solução "cesarista" que impusesse reformas à classe política, ou num reforço dos meios de controlo judiciário da actividade do governo. Esta última orientação exigiria uma consagração expressa da não obrigatoriedade, para os tribunais, das leis anti-constitucionais, já que o controlo parlamentar, por meio da votação do *bill* de indemnidade não funcionava; uma lei de autêntica responsabilização dos ministros e dos funcionários; o reforço da independência dos juízes e dos procuradores da coroa; e, possivelmente, a criação de uma magistratura administrativa realmente autónoma, acompanhada da drástica restrição da garantia administrativa dos funcionários. Mas nada disto foi proposto pelo governo, nem introduzido pela maioria.

14.4. **O Acto Adicional de 1896**

A discussão parlamentar das reformas políticas deu-se no debate sobre o *bill* de indemnidade pedido pelo do ministério regenerador (Hintze Ribeiro)[1102] (que incluía o dec de 25.9.1895, de revisão da *Carta*)[1103] e, depois, no debate do projecto do governo que ratificava o anterior decreto ditatorial da revisão constitucional de 1895, e que se veio a transformar na lei de L. 3.4.1896.

[1101] A questão da dimensão dos círculos eleitorais – valorizada por Rui Ramos no conjunto das medidas políticas de João Franco – era ambígua: se os círculos restritos favoreciam os caciques locais, os grandes círculos permitiam o controle das máquinas partidárias centralizadas. Sobre as consequências políticas da dimensão dos círculos, cf. Henrique Baptista, *Eleições e parlamento [...]*, cit., 51 ss.; hoje, Pedro Tavares de Almeida, *Eleições e caciquismo [...]*, cit., 45 ss..

[1102] História: Trindade Coelho, *Manual político [...]*, cit. p. 208 ss..

[1103] Cf. *Diário da Câmara dos Deputados*, 5. 15.1.1896, p. 100 ss..

Na base da reforma estava, alegadamente, de novo a tentativa de responder à crise do parlamentarismo – que "por toda a parte, e mormente em Portugal, onde foi introduzido, obedecendo só à lei sociológica da imitação, sem a prévia preparação do meio e os indispensáveis correctivas na estrutura, subsiste inquinado de defeitos que a critica, posto que benévola, reconhece e vai notando". O novo sistema seria ainda indistinto, apenas corporizado no "indicio prematuro [...] caracterizado pela supressão de subtilezas metafísicas e profundas modificações no parlamentarismo", que alguns identificavam – desde Comte – com um novo tipo de ditadura, que, todavia, para ser "por essência progressiva, sem jamais ser anárquica", deveria aguardar "a transformação mental no espírito colectivo, triunfante a crença positiva, eliminados os hábitos de retrocesso e extintos obscuramente, *com o cunho de retrógrados*, os denominados revolucionários"[1104]. Esta orientação profética, plena de tópicos importados do positivismo sociológico, combinava-se com uma apreciação prática favorável à ditadura como sistema de governo ordinário. Como então foi admitido por José Luciano de Castro, líder da oposição progressista[1105], a ditadura ter-se-ia tornado, em Portugal, vulgar: "não só para organizar serviços e decretar avultadas despesas, mas até para substituir a máxima garantia do cidadão nos governos constitucionais, a autorização da cobrança dos impostos pelos representantes do país"[1106]. No entanto, constatava-se também a falta de clareza do projecto político alternativo ao parlamentarismo; e, por isso, a proposta de reforma política remata-se numa limitada cosmética do sistema vigente[1107].

[1104] Relatório do projecto de *bill* de indemnidade, loc. cit., 100-101.

[1105] Sessão de 17.7.1886.

[1106] Outro deputado da maioria (o deputado Boavida, *Diário da Câmara dos Deputados*, p. 140) matiza a justificação da ditadura, recorrendo a um beato confronto com o "crime caritativo": "Todos sabem, que a caridade é uma virtude essencialmente prática e altruísta, uma virtude sublime e divina. Pelos princípios incontestáveis da jurisprudência [...] todos sabem também, que o roubo, a usurpação de qualquer objecto alheio, embora com o fim de se destinar o seu produto ao exercício da caridade, nem por isso deixa de ser um crime, um delito condenável, pois que chega a ser também uma ofensa grave contra os preceitos da lei natural e até da lei do Deus. Parece-me, portanto, que nos não podemos justificar as ditaduras pelos seus resultados, embora benéficos, que, quando muito, as atenuam [...]".

[1107] Incontestavelmente, o sistema representativo, desde o seu começo, e hoje mais que nunca. Mas, apesar de quaisquer deformidades, lacunas e imperfeições, importa não esquecer a sua superioridade em relação às outras formas de governo, na actualidade exequíveis; superioridade manifesta na origem que e produziu e na teoria que o sustenta e

Um princípio de reforma teria sido já – segundo os seus autores[1108] – a lei eleitoral regeneradora de 1894, que procurara limitar o número de funcionários, promovendo o acesso ao parlamento "os que os ingleses chamam *elementos representativos*, aqueles que nas suas localidades, meios e centros do acção, pelo respeito devido ao seu carácter, pelo prestigio pessoal ou profissional, pela influencia moral ou pelo valor social, pela soma ou natureza do interesses que representam, e ainda pelas relações directas e estreitas com os eleitores, ao mesmo tempo seus conterrâneos e compartes numa perfeita identidade do sentimentos o do aspirações, são os mais próprios para dar a uma Câmara um carácter verdadeiramente nacional, cercada da estima e da confiança geral como soma da estima e da confiança individual realmente adquiridas e possuídas por cada um dos seus membros *(Apoiados)*"[1109]. O objectivo seria, tanto a desgovernamentalização das câmaras[1110], como a promoção de uma administração pública profissionalizada, que constituísse o elemento de continuidade num mundo político muito volátil, como o português: "E porque no regime parlamentar, com a instabilidade dos governos, e com as necessidades e pressões da política eleitoral, só os directores gerais são capazes do conservar o espírito de sequência e de continuidade na administração, e de a defender contra os assaltos das clientelas politicas, e contra as condescendências e fraque-

nos frutos que dele se colhem ("Relatório [...]", cit., *Diário da Câmara dos Deputados*, 1896, 100/101).

[1108] João Franco: *A reforma parlamentar: discurso [...]*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1897; v. ainda a intervenção parlamentar de Teixeira de Sousa (*Diário da Câmara dos Deputados*, 1896, 122): "o governo, reduzindo o número do funcionários públicos que podem ter assento rio parlamento, não quis significar que tinha menos confiança nas suas qualidades do trabalho, na sua dedicação patriótica: teve por fim único e exclusivo abrir a porta aos representantes das forças produtoras do país, abrir a porta aos representantes da indústria, da agricultura, do comércio, que devem ter importantes interesses ligados à administrarão do Estado [...]. Podemos não ter conseguido ainda a genuinidade absoluta do sistema representativo, apesar da perfeição relativa do último decreto eleitoral: mas o que é certo é que esta câmara, pelo grande número de representantes da indústria, do comércio e da agricultura de que se compõe, já por si representa consideráveis interesses, que vão do dar necessariamente ao governo importantes indicações na administração geral do Estado". Esta versão seguramente rósea de um partidário do governo suscitou, naturalmente, "apoiados" na sua facção.

[1109] João Franco: *A reforma parlamentar: discurso [...]*, cit., 11.

[1110] "Por todo o país se acentuou a opinião, de que muito tinha concorrido para o descalabro da administração da fazenda publica, o facto de quase nas suas três quartas partes, a Câmara dos Deputados, ser constituída por funcionários públicos *(Apoiados.)*". João Franco: *A reforma parlamentar: discurso [...]*, cit., 8.

zas dos ministros para com os seus clientes. Mas para isso é indispensável que os directores gerais não sejam, eles próprios, clientes ou patronos, aliás serão mais perigosos e nocivos, politicamente, que os próprios ministros, cuja acção administrativa é ao menos temporária e passageira"[1111].

No seu núcleo, o projecto incidia, porém, sobretudo – e como vinha sendo hábito –, na reforma da Câmara dos Pares. Propunha o termo do regime electivo de uma parte dos Pares (art. 1), instituído em 1885, com a justificação de que ele, por um lado, homogeneizara a natureza das duas câmaras – que deveria, pelo contrário, ser diversa. E que, por outro lado, subordinara parte da Câmara dos Pares à mesma lógica partidista que já dominava a Câmara dos Deputados.

José Dias Ferreira – que desde 1870 propunha o regresso ao sistema electivo puro do Senado da Constituição de 1838 – não desarma, considerando que a eliminação da parte electiva e a fixação do número do pares vitalícios é o aniquilamento da soberania nacional, ficando todo o poder na autoridade real"[1112].

Do lado do governo, Teixeira de Sousa, contra-argumenta que a Câmara dos Pares "toda electiva seria um contra-senso. O sufrágio popular directo ou indirecto, aplicado à Câmara dos Pares, como à Câmara dos Deputados, tornava-as perfeitamente idênticas. Chamada a intervir no mecanismo representativo, se resolvesse uniformemente, seria perfeitamente uma inutilidade, em contrário, um contra-senso"[1113]. E, de facto, o que a câmara alta devia fazer era aplicar a sua acção ponderadora à natural iniciativa da de deputados. Para isso, necessitava de uma outra legitimidade e de uma outra composição, que lhe garantissem autonomia e autoridade: "A qualidade de vitalícia dá aos dignos pares uma natural independência, visto que não saem das urnas, onde tantas vezes se ferem as lutas das paixões, tendo por isso condições especiais para corrigir as lutas partidárias, que tantas vezes se levantam nesta casa do parlamento e que tantas vezes inquinam os projectos de lei saídos desta câmara" (*ibid.*). O argumento não era novo; mas supunha uma legitimidade e independência originária do poder real que, cada vez mais, a manipulação parlamentarista da coroa lhe ia corroendo[1114].

1111 João Franco: *A reforma parlamentar: discurso [...]*, cit., 15.

1112 *Diário da Câmara dos Deputados*, 104; depois, em versão integral, 116-A e ss.; resposta do presidente do ministério (Hintze Ribeiro), 107 ss..

1113 *Diário da Câmara dos Deputados*, 1896, 122.

1114 Sobre a proposta de João Arroio de uma substituição da representação demo-

O relatório do projecto de lei n.° 4, que dará origem à lei de reforma constitucional[1115], bem podia insistir na lenda do casamento histórico entre rei e povo contra os abusos dos poderosos e na sua versão moderna do rei como personalização do interesse geral. Pois a prática parlamentarista, ao fazer do rei um *factotum* dos governos, desmentia alguma verdade que nisso pudesse ter existido[1116].

Mantinha-se, no entanto, o número fixo dos pares de nomeação régia, com o que permaneciam as dificuldades em consubstanciar o apoio régio a um governo pela alteração das maiorias na câmara alta. Isto levou um autor a escrever que, doravante, a Câmara dos Pares, nem representava a Nação nem o rei. Realmente, quanto a este último, ainda que estivessem livres para nomeação todos os lugares de Pares de nomeação régia, o seu número era excedido pelo dos Pares hereditários e de direito próprio.

Quanto à Câmara dos Deputados, em contrapartida, põe-se fim às restrições de dissolução, alargando-se correspondentemente a prerrogativa régia neste domínio (art. 6).

Apesar disto, ao carecer de referenda dos seus actos como poder moderador e mesmo ao ver limitada a sua possibilidade de nomear pares sem número fixo, o rei continuava a não poder desempenhar aquele papel de árbitro político que a doutrina política pós-parlamentarista propunha para ele:

> "[...] o chefe do Estado além de reinar, sem que governe directamente nem lhe possa ser atribuída a responsabilidade legal dos actos governativos, tem obrigação não só de reinar, mas do governar; isto é, não há-de ser uma simples máquina do leis o decretos, de fazer figurar o seu nome em porta-

---

crática-individualista por uma representação de classes, v. *Diário da Câmara dos Deputados*, 1896, 272 ss..

1115 Cf. sessão de 4.2.1896, p. 266. Cf. também, p. 269.

1116 "Historicamente, a realeza, fortalecida com o apoio dos jurisconsultos que firmaram os direitos individuais pela restauração do direito romano, foi, primeiro, o principal auxiliar do povo na luta contra as prepotências do feudalismo; e depois que, pela larga expansão dos ideias democráticas e pela divisão dos poderes, estão assentes em bases sólidas as garantias dos cidadãos contra o arbítrio dos déspotas, já agora de existência meramente fantástica, nenhum perigo verdadeiro vemos em conceder ao rei faculdades que noutro tempo trariam consequências desastrosas. No presente, pelo contrário, a ele, na qualidade do chefe de Estado, superior às paixões partidárias, livre de pressões politicas, colocado no mais alto grau hierárquico pelo simples facto do nascimento, como representante da nação e sem interesses incompatíveis com os desta, convém, em determinadas circunstâncias deferir-lhe o encargo de decidir [...]". Cf. sessão de 4.2.1896, p. 266.

rias, ou de representar a nação nas suas relações exteriores e nas grandes solenidades públicas. Entendo eu que o soberano, o chefe do Estado, enfim, deve seguir atentamente a marcha dos negócios públicos, deve examinar as correntes da opinião e inclusivamente, como sucede na Espanha, na Franca, na Itália e em todos os países constitucionais, presidir aos conselhos de ministros, onde se discutem os mais altos interesses do Estado. Todos sabem que em Espanha, como em Franca, aquela monárquica, e esta republicana, há conferências particulares dos ministros onde entre si combinam as normas que devem seguir no seu procedimento, mas os conselhos verdadeiramente oficiais, onde se resolvem os grandes negócios públicos, são sempre presididos pelo chefe do Estado, o que prova, a despeito de todos os axiomas, que o chefe do Estado deve, nos limites a que já me referi, não só reinar, mas, senão governar directamente, ao menos influir de um modo eficaz, activo e constante na governação pública, cujos cuidados nem por um momento pode abandonar. E esta sua altíssima função a não pode exercer por uma negativa apenas, uma ou outra vez interrompida por actos do poder moderador; deve manifestar-se por uma afirmativa constante do seu zelo e cuidados pelo interesse público. [...] Mas se eu penso assim em relação às funções do Estado, também entendo que quanto menos ele se envolver nas lutas políticas e dos partidos, nas circunstâncias, no modo de ver desses partidos, a sua força, e a sua influência, tanto melhor irá aos negócios públicos e ao próprio chefe do Estado. Influência que se manifeste no exame e no estudo dos verdadeiros interesses do país, influência que não se manifeste em actos de qualquer natureza que favoreçam um partido em detrimento de outro"[1117].

Ora aqui é que batia o ponto, já que o sistema estabelecido envolvia directamente o rei na vida partidária, ao comprometê-lo nas dissoluções e prorrogações das câmaras, ao exigir a sua assinatura em decretos ditatoriais à margem das condições constitucionais, ao submeter-lhe "fornadas" de pares que sustentassem os governos[1118].

Quanto ao governo: ganhava poder tanto em relação ao rei, por se estender expressamente aos actos do poder moderador a necessidade de referenda (art. 6), como ao parlamento, pois se permitia a continuação dos impostos do ano anterior, se não for aprovada a lei de meios (art. 7). Esta

[1117] Mariano de Carvalho, *Diário da Câmara dos Deputados*, 1896, p. 286.

[1118] Discussão sobre a efectiva função constitucional do rei em Itália, durante a vigência de *Estatuto Albertino*, em Roberto Martucci, *Stotia costituzionale [...]*, cit., 35 ss., com pistas de reflexão interessantes para Portugal, apesar da grande diversidade das situações políticas.

medida tinha uma importância política fundamental, pois garantia ao governo meios de acção independentemente de maioria parlamentar. E esta era, abertamente, a justificação da reforma: "A disposição do artigo 7.° do projecto, relativa à vigência das leis orçamentais e as da fixação dos contingentes do recrutamento e das forças de mar e terra, tem por fim obviar, a exemplo do que está decretado noutros países, aos inconvenientes resultantes do impeditivas e porventura propositadas discussões do parlamento sobre assuntos por sua natureza absolutamente essenciais a vida normal do Estado"[1119].

Em suma, uma reforma limitada, favorecendo ainda a autonomia do governo tanto em relação ao poder moderador como ao poder legislativo.

14.5. **O projecto de reforma de 1900**

A lei de 26 de Julho de 1899 volta a reconhecer a necessidade da reforma da carta constitucional e dos actos adicionais. Daí que o ministério progressista apresente, em 14.3.1900, um novo projecto de reforma[1120]. Restabeleceria a possibilidade de controlo real (ou seja, ministerial, já que os actos do poder moderador deviam ser referendados) das maiorias na câmara alta, ao abolir um número fixo para os Pares de nomeação vitalícia. Reintroduzia os Pares eleitos pelos estabelecimentos científicos (em número de oito).

Esta representação autónoma dos interesses científicos já não era – pelo menos na interpretação de alguns – apenas a velha ideia de garantir a presença dos melhores nas assembleias legislativas. Era antes a ponte de lança de um movimento mais profundo e vasto de substituição do sufrágio individual por um sufrágio orgânico[1121]. Marnoco e Sousa di-lo expressamente, encarecendo isto como um dos méritos da reforma: "O autor da proposta de 14 de março de 1900 sentia não poder estender o direito de representação electiva na Câmara dos Pares a outras classes, representantes dos grandes interesses sociais, por lhes faltar, em organização adequada, a disciplina e a unidade que têm as corporações cientificas. A tendência nos escritores é para a representação dos interesses sociais no parlamento, e essa representação não se pode obter unicamente com a

1119 Cf., p. 271.

1120 Sobre ele, Marnoco e Sousa, *Direito político [...]*, cit., 176, 385.

1121 Sobre este, v. antes cap. 13.

representação electiva dos estabelecimentos científicos. Os indivíduos não constituem na sociedade mais do que partes de funções organizadas, e portanto a verdadeira representação de uma nação deve basear-se sobre a representação dessas funções. Por isso, era muito imperfeita a proposta, enquanto admitia unicamente a representação da função científica. A organização que tem o agregado científico não é superior à de outros agregados, como o económico, o industrial e o artístico, porque isso contrariaria completamente a ordem hierárquica dos fenómenos sociais. A verdade é, porém, que os outros agregados sociais também têm uma compreensão nítida dos seus interesses, e por isso também se lhes devia conceder uma representação electiva no parlamento. Como diz Charles Benoist, entre a democracia individualista fatalmente anárquica, e a democracia colectivista fatalmente revolucionária, não há senão o meio termo da democracia organizada, por meio da representação dos interesses sociais"[1122].

A medida mais inovadora do projecto era a da instituição do regime de verificação da constitucionalidade das leis, semelhante ao que haveria de vigorar na Constituição de 1911 (art. 63). Para Marnoco e Sousa, esta medida – juntamente com as da possibilidade de reunião das cortes por direito próprio, da restrição da faculdade da sua dissolução e da não aplicação pelo poder judicial dos decretos, regulamentos ou ordens do governo que não fossem conformes às leis – retiraria ao poder executivo a excessiva hegemonia que tinha no sistema constitucional. Já vimos, porém, que a questão era bem mais funda, ultrapassando em muito a possível eficácia de medidas reformadoras tão circunscritas. O próprio autor o reconhece quando – opondo-se aos pontos de vista dos que não viam outro remédio senão o do afastamento da forma parlamentar – aponta como outras causas da governamentalização da vida política "preponderância do funcionalismo e da burguesia nas câmaras, em virtude principalmente da falta de subsidio aos deputados" e recomenda a elaboração de "uma nova lei eleitoral que permita ao parlamento reflectir, com a mais viva fidelidade, todos os interesses e aspirações dominantes na sociedade portuguesa".

14.6. A reforma de1907

O decreto ditatorial (de João Franco) de 23.12.1907, voltou a mexer na composição da Câmara dos Pares, nomeadamente para permitir a

[1122] Marnoco e Sousa, *Direito politico [...]*, cit., p. 411.

sobrevivência de governos que não tivessem aí maioria. A Câmara passou a ser composta por membros vitalícios nomeados pelo rei sem número fixo, por pares de direito próprio ou pares hereditários, nos termos da *Carta Constitucional* e Acto Adicional de 1885. Caíam também as categorias da lei de 1878, apenas não podendo ser pares do reino os cidadãos que tivessem menos de quarenta anos de idade ou os que fossem absolutamente inelegíveis para deputados (L. de 3 de Abril de 1896, art. 2.°).

Este decreto acabou por não ter execução, dado o fim da ditadura.

15. CONSTITUIÇÃO E ECONOMIA NA CULTURA CONSTITUCIONAL PORTUGUESA DO SÉC. XIX.

Até aqui, procedemos a uma descrição quase exclusivamente política e dogmática da história constitucional. Para muitos, este enfoque será, não apenas muito parcial, mas mesmo mistificador. Já que o direito, e também (ou sobretudo) o direito constitucional, seria (também, apenas, consoante as gradações do ênfase posto na ideia) uma das sombras de relações económico-sociais subjacentes. Como expliquei noutros lados[1123], não compartilho desta perspectiva. Em todo o caso, a homologia entre a constituição e o modelo de relações económicas é suficientemente expressiva, para que dedique esta última parte do livro a explicitar como é que a moldura jurídica fundamental e o modelo das relações económico-sociais comunicavam entre si, a ponto de tanto se poder dizer que a constituição formal repousava sobre uma oculta constituição da economia, como que a marcha da economia só era possível pela transcrição das suas normas de funcionamento em normas constitucionais.

15.1. **Níveis de enquadramento político da actividade económica**

O conceito de aparelho jurídico-político que normalmente se tem em vista ao considerar o enquadramento político da vida económica costuma ser muito amputado. Com efeito, aquilo que se costume atender é apenas à intervenção / regulação *estadual* da vida económica. A verdade é que, nomeadamente para o período predominantemente "liberal" do séc. XIX, o *motto* (é certo que raramente traduzido na actuação prática) é o do um "governo mínimo", nomeadamente em matéria económica.

Hoje é claro que de governo mínimo apenas se poderia falar no período liberal, se se tivesse exclusivamente em conta o governo formal,

[1123] Nomeadamente em *A história do direito na história social*, cit., e *Cultura jurídica europeia [...]*, cit., 15 ss., 60 ss.

por meio de órgãos do Estado e daquela particular forma de disciplina a que costumamos chamar "direito" (e que, nos sécs. XIX e XX, é correntemente identificado com a "lei"). Se, pelo contrário, considerarmos todo o leque de formas disciplinares em acção na sociedade – desde, naturalmente, o direito até às "tecnologias de si mesmo" – a governabilidade – como modalidade difusa de disciplina – aparece como algo de constante e presente por todo o lado [1124].

Todavia, também é frequentemente descurado o papel que o direito tem, não apenas na interiorização de um modelo de cidadania e de cidadão (na educação cívica), mas também na constituição da gramática da actividade económica.

Esta constituição (pelo direito) das condições do liberalismo é levada a cabo, de forma exemplar, nos "códigos" (civil, comercial e, mesmo, penal). Que, assim, assumem a natureza de verdadeiras "constituições económicas do liberalismo".

No entanto, também acontece que seja o direito a recolher e a assumir como seus "axiomas" económicos que vai buscar à ciência económica ou ao "direito natural ou das gentes", axiomas que incorpora em si como normas de direito positivo. A isso correspondente uma contínua referência, nos juristas, a uma mais ou menos implícita teoria da sociedade, facto com que nos deparamos correntemente em Portugal, desde o recurso aos "princípios [nomeadamente nas matérias comerciais e económicas] das noções cultas e polidas da Europa"[1125] até à invocação da literatura social do liberalismo escocês, do romantismo alemão, do doutrinarismo francês, e, mais tarde, do positivismo italiano ou do realismo institucionalista francês.

Assim, uma parte desta constituição política oculta da economia[1126] não é senão a transcrição no direito *da própria economia*, ou seja, é o conjunto de regras jurídicas (no sentido mais vasto da palavra) que o trato económico segrega. Daí que as transacções entre direito e economia sejam recíprocas e não unidireccionais. Tanto o direito constitui a economia, como esta constitui o direito.

[1124] Desenvolvo este tema – com referência expressa ao conceito de *governance*, na acepção e uso que dele faz M. Foucault, na sua análise da disciplina social do liberalismo – em António Manuel Hespanha, "Marginalia sobre dois seminários de história do poder", cit..

[1125] Tornada possível pelos *Estatutos pombalinos da Universidade* (1772), que incorporaram tais princípios no direito positivo).

[1126] Cf., antes, cap. 8.6.3.

É esta, a meu ver, a chave para compreender plenamente a "governabilidade" (*governance*) liberal. Que, como se disse, não consiste nos mecanismos de regulação jurídico-política da economia política pós-keynesiana; mas que, pelo contrário, devolve para a sociedade civil (para o "código", para os usos mercantis, para a moral dos negócios, para a prudência do bom pai de família, para as "ciências sociais") o fundamental da regulação.

Todas estas considerações sobre a entidade actual do político levam a alargar muito o conceito de Estado e a ver no liberalismo apenas *uma outra forma de governar*. Menos pela disciplina visível do "público", mais pela disciplina interiorizada, doce, automática, natural, do "privado". Por muito visível que tenha sido, sobretudo no centro da Europa, – como já o vimos[1127] – a tendência para cometer ao Estado uma função bastante activa na constituição e na garantia dos quadros fundamentais da vida económica.

O séc. XIX mostra isto muito bem, talvez por causa da famosa "falta distanciação" que nos impede, hoje em dia, ver bem os idênticos mecanismos de hoje.

O que geralmente já se esquece – em relação ao séc. XIX, como em relação ao séc. XXI – é que a famosa "mão invisível" tem (tem que ter) um enquadramento e instrumentário jurídicos, o tal contido nos "códigos"[1128]. Como também se esquece que os "axiomas" da constituição política do económico se encontram a um nível que podemos chamar de pré-constitucional, num direito do senso comum, disseminado continuamente e a vários níveis por uma difusa doutrina (ou ciência) da sociedade.

Como também se esquece que os "axiomas" da constituição política do económico se encontram a um nível que podemos chamar de pré-constitucional, num direito do senso comum, disseminado continuamente e a vários níveis por uma difusa doutrina (ou ciência) da sociedade.

Isto leva-nos directamente à questão da "abstenção de intervir" .

Resulta daqui claro que, mais do que de uma abstenção de intervir, do que se trata é de uma devolução da intervenção. Do nível do poder e

[1127] Cf., antes, cap. 11.4.7.

[1128] Cf. Bartolomé, Clavero, "Origen constitucional de la codificación civil [...]", cit.; Id, "Código Civil, título preliminar: Origen constitucional de la codificación civil [...]", cit.. Por último, com muitos desenvolvimentos neste sentido, Paolo Grossi, *Codici. Una riflessione di fine di Milenio [...]*, cit..

administração estaduais manifestos (como são classicamente entendidos), para os níveis periféricos do "mercado" (regulado pelo código civil, comercial e, até, penal) e da "ciência", de um saber da sociedade que define as regras naturais de convivência, a naturalidade ou bondade das formas de organização económica, a natureza e limites da propriedade e da livre iniciativa, a intensidade e a técnica da punção fiscal, a divisão sexual do trabalho, a organização da produção, etc.. Trata-se de ciências então emergentes, como a economia, a estatística, a sociologia, a etnografia, a higiene, a psicologia. Às quais se entrega a decisão das mais delicadas e constituintes questões acerca da convivência publica e privada.

Tratava-se, enfim, de um mundo de liberdades e de pleno desenvolvimento da autonomia individual?

Um breve relance sobre as condições de exercício da liberdade – e sua distribuição social – no séc. XIX torna evidente que não. Este passe de mágica de transformar um mundo de grande opressão social (de todo o tipo, desde a doméstica, à paroquial, à fabril e à política) num mundo de liberdades obtém-se concentrando no Estado o papel de "agressor das liberdades", fixando o olhar apenas e obsessivamente nos seus virtuais despotismos, e desviando-o, consequentemente, dos despotismos da sociedade civil, nas suas instituições políticas mais características, a família, a empresa, a academia, o sufrágio. As quais, como vimos, funcionavam como os vigários mais eficientes e discretos de uma acção disciplinadora do tal papão que era o Estado.

Assim, ao lado de (apesar de tudo, escassos) mecanismos formais de regulação, há que estudar mecanismos menos aparentes, pelos quais o poder organiza (e se deixa organizar) pela economia.

No refluxo do liberalismo, a que em Portugal se começa a assistir desde a década '70 do séc. XIX, também não é o direito, como expressão de uma vontade unilateral do Estado, que emerge; mas, antes, uma nova leitura da constituição natural das relações económicas. Só que, agora, o eixo da economia já não é um mercado decalcado no encontro harmónico das vontades individuais, numa composição natural entre o privado e o público; numa sociedade orgânica, percorrida pelos princípios da interdependência e da solidariedade, embora também plena das tensões e das lutas de que a vida – como a estavam a descrever Darwin, Spengler ou Marx – traz consigo. E, como ainda não se acreditava que a ordem pudesse ser espontaneamente gerada a partir do caos, reclamava-se um processo de racionalização, de cientificização, a cargo do Estado. Projecto que Hegel concebera em abstracto, mas que o Estado bismarckiano – e mesmo o

Estado victoriano – [1129] vinham a realizar na prática, e justamente no domínio económico.

É esta a linha condutora do texto seguinte, em que, mais do que o caótico atomismo das leis, se pretende fixar os fios condutores do direito como forma multifacetada de organização de uma sociedade.

15.2. A constituição da sociedade civil

O mercado constitui uma das grandes instâncias para a qual o Estado liberal devolve o governo; constitui, por isso, um dos principais lugares da governabilidade [1130]. O Estado propõe-se abster-se de regular toda aquela parte do agir dos indivíduos que é automaticamente regulado pelas regras "naturais" de funcionamento do mercado. Ou seja, basicamente, os actos de disposição e de gestão de bens.

O mercado não é, porém, nem uma realidade natural e automática[1131]. Por um lado, não deixam de existir uma série de mecanismos de controlo interno de comportamentos desviantes (a "má fama na praça", a "falta de crédito", a fuga da freguesia, a recusa dos fornecedores, as regras da concorrência e as consequências da má gestão). Mas, por outro, o direito cauciona, *à la limite*, o seu funcionamento, tirando consequências de[1132] alguns conceitos do quotidiano dos negócios ou da gestão patrimonial, como "boa fé", "boas práticas", "gestão prudente", "bom pai de família". Porém, o direito vai mais longe, (i) ao estabelecer normas quanto ao âmbito pessoal e real do mercado, (ii) ao desenhar e regular modos de relacionamento no mercado e (iii) ao estabelecer as consequências do desrespeito desse desenho.

Trataremos estes pontos separadamente.

[1129] Cf., antes, cap. 13.

[1130] Outro é a escola, nomeadamente aquela que se supões dever formar cidadãos e não apenas ministrar conhecimentos úteis. Cf., por último, a excelente investigação de Jorge Ramos do Ó, *O governo de si mesmo. [...]*, cit.; já, antes, *O governo dos escolares [...]*, cit..

[1131] Cf., por último e fundamental, *Marthe Torre-Schaub, Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché*, cit.; antes, André-Jean Arnaud, *La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, cit..

[1132] Integrando em si mesmo, para efeitos jurídicos.

15.2.1. *As regras de ouro: vontade, mercado livre, confiança, concorrência*

No mundo do direito, a sociedade civil liberal era, fundamentalmente, equiparada com o domínio do convencional; e este, com o mercado. Os comportamentos deixam de ser referidos a estados objectivos numa ordem da criação e passam a ser referidos a estados obrigacionais decorrentes de contratos.

A ideia antiga de uma ordem natural indisponível tinha vários corolários: o carácter não contratual de muitas situações, nomeadamente, o casamento e a família; o carácter objectivo dos direitos e deveres dos proprietários, ligados a uma função produtiva natural da terra; a existência de núcleos duros em todos os contratos, que a vontade não podia derrogar (*natura vel substantia contractus*) ou, pelo menos, não podia revogar senão expressamente (*naturalia contractus*); os limites morais ou comunitários à disposição das próprias coisas.

Agora, toda a ordem civil, no público e no privado, se vai contratualizar. Mesmo o casamento se tornará num contrato com poucas especificidades; no domínio da família, apenas o parentesco e a filiação resistirão como estatutos objectivos. A propriedade perde os limites morais e comunitários, ficando apenas sujeita à vontade do proprietário, eventualmente limitada por pactos por este celebrados com outros proprietários. Ou seja, a sociedade civil torna-se num feixe intrincado de direitos e obrigações de origem sobretudo contratual. Uma entidade destas tem, na economia, um nome – e este é "mercado". É sobre as regras do mercado que esta sociedade está construída e é por elas que ela se regulará autonomamente.

Ferreira Borges – um ilustre comercialista, que também foi deputado nas cortes de '20 – salienta este carácter autónomo da ordem do mercado. Mas não apenas autónomo. Também inderrogável e superior às leis positivas, como um verdadeiro direito natural: "E na verdade o direito comercial não é mais do que usos escritos, e não escritos; e estes usos como excepção do direito civil são a lei do comércio. Atentem pois bem os julgadores quando houverem de decidir alguma causa de comércio ao que for uso e estilo mercantil deixem de parte as subtilezas dos jurisconsultos e os ápices de direito, examinem o uso, e julguem pelo uso: não lhe toquem, não o destruam, porque destroem nele a prosperidade pública. Quando o uso estiver cunhado pela repetição, pela prática invariável quer de Portugal, quer de outra qualquer praça da Europa, e pela observância constante, tenham-no por lei. O comércio é uma nação espalhada e misturada com

todas as nações. O seu interesse está universalmente ligado com a universalidade dos seus usos, é a sua lei própria, lei que ele faz, e que todos os governos consentiram e sancionaram e em que não tocam senão para a confirmarem; e se alguma vez desavisadamente tentaram mudá-la, sempre a sua lei morreu, e uso triunfou"[1133].

Esta centralidade normativa do mercado tem uma série de corolários, sem os quais não poderia funcionar.

O primeiro deles é a da generalização da capacidade de dispor de si e dos seus bens, i.e., a da *generalização da capacidade jurídica*, emancipando a vontade de cada um das limitações impostas pela vontade dos outros. A realização plena deste corolário tardará muito, já que várias são as categorias de pessoas que só a adquirirão muito tarde: os escravos, os libertos, os criados, os filhos-família e as mulheres só muito paulatinamente se vão libertando dos vínculos domésticos. Ao passo que, nos finais do séc. XIX, a entrada explícita dos antigos colonizados nativos na esfera civil e política se fará à custa da introdução de medidas limitadoras da sua capacidade jurídica que, embora normalmente consideradas como provisórias, se prolongarão até quase aos meados do séc. XX[1134]. Ao mesmo tempo, novas de forma de personalidade colectiva emergirão, acompanhando a maior atenção dada às formas colectivas de organização económica[1135].

O segundo corolário do princípio da vontade é a libertação das coisas para um livre comércio, promovendo a abolição de todos os entraves à sua livre disposição. O que tem a ver tanto com a definição de coisa comerciável, como com a abolição de limitações à comerciabilidade das coisas. Nume noutro caso, *constituição das mercadorias*.

O terceiro corolário diz respeito à instauração da *liberdade de mercado*, ou *livre concorrência*, consistindo tanto na abolição dos entraves morais, domésticos e políticos ao livre consenso negocial[1136], como no reforço do princípio do cumprimento pontual dos contratos, de modo a evitar todas as cláusulas que pudessem frustrar as expectativas criadas nos

---

[1133] José Ferreira Borges, *Diccionario jurídico-commercial*, v. "Uzo".

[1134] Cf. Cristina Nogueira da Silva, "Nação, territórios e populações [...]", citr..

[1135] Cf. Claes Peterson, "De la teoria del *status* a la subjetividad jurídica. El problema de la persona jurídica en al derecho sueco de sociedades anónimas del siglo XIX", em Carlos Petit, *Del* ius mercatorum *al derecho mercantil [...]*, cit., 349-358.

[1136] Este objectivo leva a alguma limitação no elenco das causas de rescisão dos contratos, pois desaparece, nomeadamente, a lesão enorme ou enormíssima; cf., Melo Freire, *Institutiones iuris civilis [...]*, cit., IV,3,17-18.

contraentes ou que os sujeitassem a um tempo de incerteza ou de espera (logo, de risco) quanto ao desfecho das transacções.

Porém, além desta ordem voluntária, o mercado tinha ainda uma *ordem imanente* (da qual fazia parte, de resto, a própria regra da vontade). Na verdade, a regra da vontade era completada (eventualmente, limitada) com as regras objectivas das práticas comuns da vida económica, que faziam com surgissem obrigações, mesmo quando essa vontade não se podia pontualmente provar. Tal era o caso de actos que, segundo os comportamentos comuns, implicavam por si mesmo uma certa intenção ou que suscitavam automaticamente uma regulação do mercado. Era a esta incorporação no direito das regras do mercado que os juristas se referiam quando falavam de obrigações geradas por quase contratos, ou seja, de obrigações decorrentes de um consentimento presumido "a partir dos actos ou da utilidade e necessidade [no sentido de que se fala da necessidade, carácter forçoso, das leis naturais] de um facto lícito"[1137]. Trata-se, ainda por outras palavras, de obrigações que decorrem de uma interpretação sã (conforme às regras de equidade do mercado) das práticas e dos comportamentos[1138]. Tais regras são, por exemplo, a de ninguém se deve locupletar com o dano alheio, a de que ninguém deve ser prejudicado por cumprir as suas obrigações, a de que ninguém deve lucrar com a sua má intenção (dolo), a de que quem quer os antecedentes não pode deixar de querer as consequências, a de que a prova de um acto compete a quem ele aproveita[1139].

Realço a importância desta ficção de uma vontade presumida, geradora de obrigações, na medida em que ela permite incorporar na gramática do contrato as regras objectivas do senso comum económico, como acontece com as noções de boa fé, gestão prudente, etc., já antes referidas. Ou, pondo as coisas de outra forma, permite ao direito do Estado devolver para o mercado – um mundo de utilidades e necessidades objectivas, forçosas, naturais – o governo da actividade negocial. Evitando, quer um governo directo, quer a cedência perante interesses e comportamentos que dissolvessem esta sociabilidade económica.

1137 Melo Freire, *Institutiones iuris civilis [...]*, cit., IV,4,1.

1138 "Quando alguém pratica factos, que não admitem outra explicação razoável, senão vontade de dar o consentimento a um acto, ou aceitar uma obrigação" (M. A. Coelho da Rocha, *Instituições [...]*, cit. I, § 99).

1139 "I) nemo cum alterius damno debet locupletari: II.) nemini officium suum debet esse damnosum: III.) nemini dolus debet prodesse: IV.) qui vult quod antecedit, non debet nolle quod consequitur; V.) quisque videtur probare id, quod sibi adfert utilitatem". Melo Freire, *Institutiones iuris civilis [...]*, cit., 4,4,1.

Com isto se institucionaliza, portanto, a ideia de condicionamento do arbítrio pela vontade racional, base do sistema descentralizado de *governance* (de governo mínimo), típico do liberalismo – como vimos e ainda veremos.

A ideia de regras objectivas no trato entre os homens ainda era mais forte no mundo do comércio, cujas "regras e máximas gerais são impreteríveis e adoptadas geralmente por todas as nações, que por elas se regem e governam" (alv. 21.4.1751, § 11). Daí que "as decisões dos negócios mercantis dependam muito menos da ciência especulativa das regras de Direito, do que do conhecimento prático das máximas, usos e costumes do manejo do comércio" (alv. 16.12.1771, § 5)[1140].

15.2.1.1. *A liberdade de mercado*

A regra de ouro da constituição do mercado era a da regulação da sociedade pela vontade e consentimento das partes. A esta regra "da vontade" ou "do consentimento" correspondia, no plano macro, a regra da "liberdade do mercado" e, como consequência, a regra da regulação exclusiva do mercado pela livre concorrência.

Não insistiremos aqui na centralidade que o princípio da liberdade do mercado ganhou no pensamento fisiocrata da segunda metade do séc. XVIII[1141].

O comercialista Ferreira Borges definiu-a assim "liberdade de comércio. – Nós entendemos por estas palavras a franquia de restrições, que embargam o livre tráfico ou permutação de géneros e fazendas, quer no mesmo país quer entre diversos. Esta franqueza, esta alforria, é a alma do comércio. Muitas das nossas leis o reconheceram e só é de lamentar, que, reconhecida a verdade da máxima, se lhe empeça por tantos modos a sua execução"[1142].

[1140] Cf. ainda, sobre o carácter objectivista da interpretação dos contratos, os arts. 256 e ss. do *Cod.com*. 1833.

[1141] V., sobre estes aspectos mais doutrinais que subjazem à regulação jurídica, *Marthe Torre-Schaub, Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché*, 85 ss.; cf., também, Clavero (1997), Bartolomé, "Historia como derecho. La libertad mercantil", em Carlos Petit, *Del* ius mercatorum *al derecho mercanti [...]*, cit., 383-396.

[1142] José Ferreira Borges, *Diccionario juridico-commercial* [...], cit., v. "Liberdade de commercio", p. 283 s..

A liberdade de mercado relacionava-se, como referia o mesmo autor, com vários temas. A sua negação absoluta tinha a ver com as proibições de circulação interna ou externa de mercadorias. Porém, podia haver derrogações menos drásticas ou aparentes desta liberdade: a imposição de impostos pesados ou desiguais, a concessão de privilégios, a criação de monopólios, a exigência de licenciamento das actividades económicas.

Daí que, até certo ponto, a liberdade de mercado coincidisse com o princípio da livre concorrência. O qual (e não mais, como antes, a referência a uma ordem do mundo) garantiria, por um lado, a justiça na fixação dos preços, e, por outro, o progresso económico. É neste sentido que a defesa da livre concorrência "se transforma progressivamente num princípio de ordem pública"[1143], protegido, assim, não apenas no plano do direito civil, mas também no plano do direito criminal[1144]. Que, um e outro, deviam garantir a liberdade de negociação, livre de entraves, a livre fixação de preços (incluindo o preço do dinheiro, chamado juro ou interesse), a proibição dos monopólios, da especulação, do contrabando, de falsificação (de documentos, de escrituração ou de produtos); enquanto que a política e o direito político deviam proscrever os impostos desiguais, os entraves à circulação interna e externa dos produtos, os privilégios, prémios ou benefícios ao fabrico ou ao comércio.

Os benefícios que resultariam dos entraves a estas franquias seriam tão grandes quanto eram ilusórios os que se esperavam de qualquer forma de regulação autoritária e artificial do mercado. Nem sequer era apenas da utilidade privada de cada um que se tratava, mas da salvação ou ruína de todos, da prosperidade da Nação.

> "Julgou-se – escreve Ferreira Borges[1145] – que carregando de direitos uma fazenda estrangeira favorecíamos a nossa da mesma espécie com alevantar o preço da estranha: e não há dúvida que assim acontece: mas quem recebe esse favor? O manufactor. E à custa do quem? Dos consumidores. Logo o efeito dos direitos protectores enriquecer poucos à custa de muitos, da maior parte, do que se chama nação. Todo o homem enriquece na proporão do que produz, e do que poupa. As sobras acumuladas formam um capital, uma riqueza nova. – Cada qual poupa tanto mais quanto mais

[1143] *Marthe Torre-Schaub, Essai sur la construction juridique [...]*, cit., 87.

[1144] No plano penal, a protecção consubstancia-se, paradigmaticamente, no célebre art. 419 do *Code pénal* de 1805.

[1145] José Ferreira Borges, Diccionario juridico-commercial [...], cit., v. "Liberdade de commercio", p. 284. O *Diccionario juridico-commercial* de José Ferreira Borges, o primeiro dicionário jurídico publicado no Brasil (Pernambuco, 1846).

barato compra. Ora obrigar qualquer a comprar mais caro, é obrigá-lo a perder, a empobrecer. Eis aqui outro efeito dos direitos protectores, que me obrigam a comprar mais caro aquilo de que careço. Esta perda que faço, e que fazem os consumidores todos torna-se uma perda nacional, um mal geral. Do exposto se segue que a liberdade de comércio é uma necessidade para a acumulação da riqueza nacional: e que os direitos proibitivos e protectores são a ruína da sua prosperidade" (*ibid.*).

15.2.1.2. *A livre fixação do valor das coisas*

Neste mercado naturalmente ordenado, central era a ideia da fixação natural do valor das coisas.

15.2.1.2.1. **A livre fixação do preço e a crise da "lesão enorme"**

"O preço – escreve José Ferreira Borges[1146] – é o valor ou estimação de uma coisa". Na verdade, a regra da concorrência e, portanto, da livre fixação dos preços é a de que o preço se fixa de acordo com a "muita ou pouca concorrência dos consumidores ou compradores, e a abundância ou raridade do género, ou circunstancias que aumentam ou diminuem o valor"[1147].

Residualmente, mantinha-se uma referência a um valor objectivo ou comum, agora não tanto ligado a uma ordem natural, mas antes à ideia de uma apreciação consensual, aquele a que procedem os bons pais de família, os homens prudentes. E, assim, permanece a ideia de que as coisas se avaliam "pelo que a coisa vale, segundo a comum estimação, e não segundo a afeição particular de algum" (*Ord. fil.*, IV, t. 11, §. ult.) [...], "tendo atenção ao costume geral da terra" (*Ord. fil.*, III, t. 17, pr.). Apesar desta referência a uma apreciação comum, o valor depende de uma avaliação dos contraentes, de um equilíbrio de vontades, no âmbito do mercado. E esse valor objecto serve agora quase só, ou como supletivo da expressa estimação das partes ou como critério para detectar um possível vício (erro, dolo, coacção) na formação da vontade destes.

As qualidades das coisas relevavam, não no sentido de que fixassem algum preço ontológico, mas apenas enquanto podiam aumentar, ou

---

[1146] José Ferreira Borges, *Diccionario juridico-commercial [...]*, s. v. "Preço".

diminuir o seu valor comum da coisa[1148]. Também os bens móveis se avaliavam segundo seu estado pelo prudente arbítrio dos avaliadores (L. 20.06.774, § 8).

Claro que este princípio geral nem sempre funcionava, pois, ao lado dos preços convencionais, havia preços legais, como os de muitos géneros declarados nas pautas das alfândegas, os dos géneros e salários taxados, o do ouro e da prata. Outros preços estavam sujeitos a avaliação oficial, estipulada por lei (L. 20.6.1774). Embora, em geral, a avaliação se regulasse pela regra económica geral de formação dos preços, por vezes a lei estabelecia fórmulas tarifadas de avaliação, como acontecia nos bens imóveis[1149], nos bens objecto de mera posse [1150] ou nos bens enfitêuticos[1151].

Esta permanência residual da ideia de um valor objectivo explica a lentidão das transformações legais e institucionais quanto à livre fixação dos preços.

O instituto da *lesão* – ou seja, venda ou troca por uma razão de troca muito fora da estimação comum –, como causa de rescisão dos negócios sinalagmáticos, estava previsto nas *Ordenações* (*Af*,. IV, 45; *Man*., IV, 30; *Fil*, IV, 13, embora em termos que já suscitavam controvérsias. Melo Freire (Freire, 1789, 4, 3,15) inclui-a ainda, por isso, entre as causas de rescisão da compra e venda[1152], embora já tome as suas distâncias em relação ao direito anterior.

1147 Manuel Borges Carneiro, *Direito civil [...]*, II, t. 1, § 7, p. 20 ss.; citando J.-B. Say.

1148 Como quando esteja "onerada com alguma pensão, encargo, ou condição: sujeita a servidão litigiosa, doentia, perigosa, mal avisinhançada"; ou se se vendeu com o pacto de *retro*, o qual diminui muito o valor [...] Ou se, pelo contrario o prédio se vai melhorar, v.g., por se construir junto dele estrada nova, ou se reedificar a rua (v. *L.* 13 *Dez.* 1778)" (Manuel Borges Carneiro, *Direito civil [...]*, II, t. I, cit. § 7). Como também relevavam os seus acessórios: a avaliação das coisas deve "compreender os acessórios da coisa avaliada, como os escravos, gados, utensílios" (tratando-se de uma fábrica de açúcar. L. 6. Julho 1807. §. 12) (*ibid.*).

1149 Cf. Manuel Borges Carneiro, *Direito civil [...]*, II.I., § 7).

1150 "A posse de uma coisa avalia-se em metade do valor dessa coisa. (*Ord. fil.*, III, t. 70, § 10)" (Manuel Borges Carneiro, *Direito civil [...]*, II.I., § 7).

1151 No prédio enfitêutico, o valor deve ser diminuído do domínio directo, que se estima em vinte foros e um laudémio (Decs. 23.2.1771 e 7.12.1772 (Manuel Borges Carneiro, *Direito civil [...]*, II.I., § 7).

1152 Causas de rescisão: dolo ou coacção; mútuo consentimento, desde que não haja nem pagamento, nem tradição (aliás, trata-se de uma retro-venda); lesão enorme (*ultra dimidiam*) ou enormíssima; por vícios redibitórios e oculto à vista ("nec in oculos intuentium facile incurrat"; cf. *Ord. fil.*, 4,17).

Ferreira Borges[1153], apesar de começar por enunciara ideia de que o preço anda ligado a uma estimação e a uma convenção entre as partes, ainda titubeia um pouco ao formular as regras do preço, pois, para ele, o preço [...] deve ser sério, isto é, que deveu convir-se em que fosse exigível; ou não tão módico, que esteja fora de toda a proporção do valor da coisa vendida. Não queremos dizer, que é necessário que seja igual ao valor justo da coisa; basta que não seja ilusório, ou que tenha certa proporção com o valor" (Manuel Ferreira Borges, *Diccionario juridico-commercial*, cit., v. Preço). Na verdade, permaneceu em aberto, até ao Código Civil, a questão de saber se a vontade dos contraentes podia alterar um justo valor das coisas, ou seja, se convencionado um preço muito desviado desse valor, o negócio podia subsistir, mesmo que não existisse vício de vontade de qualquer das partes[1154], ou, antes, se não seria nulo por "lesão enorme"[1155].

Esta questão – como a dos juros, a que nos referiremos – era nodal, pois por aqui passava a distinção entre a antiga e a nova concepção da ordem natural dos negócios. De facto, a lesão fundava-se na teoria de um "justo preço" correspondente ao valor natural das coisas e, por isso, limitativa da sua fixação convencional. Enquanto que a nova visão dos negócios se fundava na arbitrariedade (*i.e.* no carácter *voluntário*) do valor das coisas.

Coelho da Rocha discute a questão com algum detalhe numa nota das suas *Instituições de direito civil portuguez*[1156], salientando a discrepância entre as duas mundividências do comércio: "As leis, que permitem rescindir os contractos por causa de lesão, têm sido objecto de graves disputas entre os Jurisconsultos; julgando-as uns [os "liberais"] alheias do direito natural, e opostas ao sistema das leis positivas, e às conveniências sociais; e justificando-as outros [os "naturalistas"] pelos princípios da equidade. Este diferente modo de pensar tem produzido a variedade das leis das diversas nações a este respeito". E continua, expondo os argumentos de cada escola:

> "Os primeiros acham aquela faculdade 1.° injusta, e oposta a natureza e teoria dos contratos, Os quais, depois do acordados com perfeito conhecimento do seu objecto sem nota de erro, dolo, ou violência, fazem lei entre

[1153] José Ferreira Borges, *Diccionario [...]*, cit, s. v. "Preço".

[1154] *I.e.*, mesmo que nenhuma das partes pudesse invocar erro, dolo ou coacção, para anular o negócio.

[1155] Lesão enorme, vícios redibitórios (*Ord. fil.*,4,17).

[1156] M. A. Coelho da Rocha, *Instituições [...]*, Nota II, vol. 2, p. 743 ss..

os contraentes: nenhum destes pode contravir o seu próprio facto, sem ofender a boa, fé, e direito adquirido pelo outro: 2.° inconveniente: É prejudicial ao interesse público, por deixar a propriedade e o comércio sujeitos à incerteza, e abrir o campo a multiplicidade dos litígios: 3.° de mui difícil aplicação na prática por isso que estando o valor das coisas sujeito a variações continuadas conforme a raridade dos objectos, os tempos, os lugares, as pessoas, e infinitas outras circunstâncias, não é possível fixar um tipo certo, por onde se marque o justo valor, ou se decida, se interveio, ou não, lesão. Os segundos respondem: 1.° que não podendo, segundo a teoria da jurisprudência, dar-se obrigação sem causa, se nos contractos comutativos, nos quais a mente dos contraentes, e por tanto a causa da obrigação, não pode ser outra, senão receber o equivalente daquilo, que dão, um deles devesse dar o valor de 20, não recebendo senão o de 10, viria a ser obrigado aos outros 10 sem causa; 2.°: que é verdade ser este principio sujeito a inconvenientes; mas que isso somente convence a necessidade de ser restringido, e serve a justificar as leis, que unicamente o admitem no caso da lesão enorme; 3.° que em todos os objectos, apesar da oscilação dos preços, há um valor reconhecido pelo maior número do contratantes em iguais circunstancias, e que se pode fixar como termo médio: e é este o valor comum ou justo, que as leis prescrevem, e que muitas vezes não é difícil de apurar, principalmente nos bens de raiz; 4.° que é do interesse púbico coibir as especulações da cobiça sobre a necessidade de outrem, e ocorrer aos grandes prejuízos filhos de ilusões do momento, quando, como frequentemente acontece, se não pode provar erro, nem dolo".

Mas o princípio da vontade não tardaria a impor-se, logo que se entra no período liberal. No séc. XIX, a lesão só se manteve, nas matérias comerciais, até ao Cód. Com. de 1833, o qual lhe põe termo nos art. 494 e 510, pois – como escreve Ferreira Borges[1157] – "Se se desse ocasião a semelhante acção [de rescisão por lesão] em comércio ver-se-iam quase tantas transacções como acções de rescisão, principalmente em época em que os preços dos géneros dessem grandes saltos, como muitas vezes acontece". Nos contratos civis, a lesão manteve-se até ao Cód. Civ. de 1867, cujo art. 1582 só confere relevância à desproporção dos valores das coisas quando ela se funde num vício de vontade. Ou seja, a lesão deixa de valer como uma causa de nulidade baseada na violação de uma ordem objectiva dos valores e passa a integrar-se nas causas de invalidade contratual fundadas na inexistência de uma verdadeira e sã vontade.

[1157] José Ferreira Borges, *Diccionario juridico-commercial [...]*, cit., v. "Lesão" p. 277.

15.2.1.2.2. **A livre fixação do preço do dinheiro e a crise da "usura"**

O caso mais notável de uma fixação não convencional do preço dizia respeito ao preço do dinheiro – os juros ou interesses. De facto, as *Ordenações* – subsidiárias de uma tradicional proibição da usura, ligada à ideia de que "as moedas, ao contrário do gado ou das plantas, não fazem moedas"[1158] – proibiam e condenavam a usura (o empréstimo de dinheiro contra o pagamento de juros[1159]) como crime (por último, *Ord. fil.*, 4, 67[1160]). Pereira e Sousa, um penalista de feição mais tradicional, escrevendo no início do séc. XIX[1161], continuava a louvar-se na condenação penal da usura, como crime "contra a propriedade", semelhante ao roubo, pois "o empréstimo de dinheiro, como o de outra qualquer coisa [...] deve ter um preço e este deve ser taxado pelo legislador"[1162].

Porém, pelo fim do séc. XVIII, a proibição e penalização da usura já estava muito desgastada. Por um lado, permitia-se o pagamento de um juro moderado (em Portugal, fixado em 5% pela Carta de lei de 06.08.1757), correspondente ao valor do uso, pois a doutrina mais inovadora e dominante, personificada em Melo Freire, tendia a considerara que "o juro na usura não é diferente do salário no contrato de trabalho" (Melo Freire, *Institutiones iuris civilis [...]*, 1, 8, 15), compensando quer a privação do uso pelo credor, quer o risco por ele corrido ao emprestar (v. desenvolvimento das regras e sua justificação, ibid., § 18).

Nos meados do séc. XIX, o contrato de mutuo oneroso (nome agora adoptado, em vista do tom pejorativo que a palavra usura adquirira) já é encarada sem qualquer nota ou restrição[1163], sendo essa visão liberal a recolhida nos códigos de direito privado[1164], nomeadamente no Código Civil de 1867, cuja comissão revisora "em nome dos princípios reguladores da liberdade de transacções, proscreveu logo nos trabalhos da primeira

---

[1158] Cf. Umberto Santarelli (1997), "La prohibición de la usura ...", cit..

[1159] "Em que se pagasse algo pelo uso de coisa, devida a outrem por causa justa, que se calculasse pelo peso, número ou medida" (Melo Freire, *Institutiones iuris civilis [...]*, cit., 1, 8, 15).

[1160] Cf. ainda alv. 17.1.1757; outras fontes legislativas, em Joaquim José Pereira e Sousa, *Classes dos crimes [...]*, cit., p. 338.

[1161] Joaquim José Pereira e Sousa, *Classes dos crimes [...]*, cit..

[1162] Tab. VII, género II, Cl. III. Crimes contra a propriedade: IV, p. 339.

[1163] M. A. Coelho da Rocha, *Instituições [...]*, II, § 777.

[1164] Para o mútuo comercial [6%], pelo Código Comercial de 1833, art. 281; *Cód. com.* 1889 [Veiga Beirão], art. 102; *Cód. civ.* 1867, arts. 1508, 1636 e 1643.

revisão a excepção odiosa da restrição do interesse"[1165], embora se presumisse, na falta de convenção, a taxa de 5%.

Porém, o solidarismo da segunda metade do século XIX promove, de novo, uma reacção contra a liberdade de fixação do preço do dinheiro. Não já por causa da velha ideia do carácter anti-natural ou pecaminoso da usura, mas por razões que se prendem com a nova concepção solidarista e anti-plutocrática da doutrina económica e social (a que voltaremos, mais adiante).

Assim, Silva Ferrão, um jurista de segunda linha, e comentador influente do direito positivo, é muito claro – no seu *Diccionario elementar remissivo do Codigo Civil Portuguez*, Lisboa, 1869 – ao exprimir a opinião de que a limitação do juro decorria do direito natural:

> "A verdade é que a usura sem peias é como a liberdade sem a repressão dos abusos que se cometerem. Favorece, nos diz um magistrado nosso correspondente, a prepotência do capitalista mutuante, e forja a escravidão ao mutuário [...] Supor-se que o legislador, não fixando esse máximo, autorizou os juros ate ao infinito, é um absurdo do tal ordem que nenhum princípio de economia política, e nenhum há que seja absoluto, pode autorizar. O dinheiro é um capital susceptível de frutos civis, se dele se faz uma aplicação, não para despesas pessoais, mas para troca de coisas produtivas, ou como preço da sua aquisição. E então justo é que interesses resultantes a um terceiro, da propriedade obtida pelo emprego de capital de outrem, sejam a estes compensados ou retribuídos em razão desse emprego" (p. 195).

Todavia, a cobrança de juros podia também configurar situações de abuso, repugnantes da religião, da caridade e da natureza das coisas:

> "O capital pode ser pedido ou solicitado em ocasião de grande apuro e de extrema aflição, e então os deveres da caridade cristã, *mutuum dare, nihil inde sperantes*, os do homem de bem, mal toleram, nem mesmo os juros legais. Se os juros imoderados são a ruína do mutuário, esses juros somente servirão, para pouco mais tarde produzir em benefício do credor a espoliação total contra o devedor. Servirão para nutrir a vítima para depois se converterem em instrumento de suplício, de que o credor é considerado, na opinião pública, o executor de alta justiça" (p. 196).

Depois de afastar a legitimidade dos juros nos créditos com garantia pessoal ou real, termina:

[1165] José Dias Ferreira, *Código civil [...]*, cit., com. ao 1640.

"Finalmente os interesses do dinheiro podem ser estipulados em ocasiões de alarme público, produzido por invasão de inimigos, epidemias, fome geral, e outras causas extraordinárias, em que o próprio governo se acha a braços com grandes dificuldades financeiras. Nessas ocasiões fogem os capitães espavoridos, e se escondem para não sair de seus recônditos asilos, senão quando o crédito público e particular se restabelece. Mas aparecem então alguns homens, que, quais judeus da Idade Média, improvisam fortunas, especulando sobre a miséria publica e privada. Em tais circunstâncias, podem tais estipulações alcançar uma inteira protecção da lei civil? A liberdade de comércio não ficará em oposição, nestes casos com os vícios do monopólio sem peias? Em conclusão: o arbítrio sem limites é absurdo. Traçar esses limites não é fácil, mas temos por necessário que sejam fixados" (p. 196/7).

Mas o regime de livre fixação dos juros estava bem implantado na prática, bem estabelecido na lei e bem justificado pela teoria económica mais tradicional. E, por isso, permaneceu como regime legal, pelo menos até que a política morigeradora e intervencionista do Estado Novo veio dar sanção legal aos tópicos anti-plutocráticos antes citados, fixando o juro máximo em 8 ou 10 %, conforme existisse ou não garantia real (penhor ou hipoteca)[1166].

15.2.1.2.3. **Os abusos da livre fixação do preço (especulação, monopólio, prémios, desigualdade de impostos e outros atentados à livre concorrência)**

Um outro corolário da ordem do mercado era a formação do consenso na base da confiança e da verdade, ou seja "a crença, credito, que se presta a um dito, a um facto, [importando] fidelidade, lisura, verdade no convencionar. Má fé importa fraude"[1167]. Daí que, enquanto que a primeira "é indispensável no comércio" (alv. 29.6.1758), a segunda "é a sua peste mortal" (Carta de lei, 30.8.1770).

Entenda-se porquê. A lisura e a verdade são condições da livre concorrência, pois esta só pode funcionar se as coisas forem o que parecem ser, permitindo que a vontade se forme natural e saudavelmente[1168]. Daí

1166 Cf. dec. n.º 21730, de 14.10.1932 (já antes, dec. n.º 12345, de 21.9.1926).

1167 José Ferreira Borges, *Diccionario juridico-commercial*, cit., v. "Fe".

1168 Cf. Paolo Cappellini, "Der Wille zur Wahrheit. [...]", cit..

que qualquer espécie de falsidade seja reprimida civil e criminalmente: a da moeda, a dos pesos e medidas, a dos metais e das ligas, a da contrafacção dos selos públicos, a das letras e papéis de crédito, a das assinaturas. Já a contrafacção dos produtos – depois de abolida a regulamentação corporativa e antes de se desenvolver plenamente o regime de protecção das patentes (que garantia a propriedade da invenção, instituindo um monopólio ou privilégio temporários a favor do inventor, cf. alv. 28.4.1809, § 6), ficou desprotegida, salvo pelo regime civil dos vícios redibitórios, que permitia a rescisão do contrato no caso de vício oculto e essencial da coisa. Isto porque, realmente, a ideia de protecção da patente e a consequente criação de um monopólio legal cheiravam a mercantilismo, conflituando fortemente com o princípio da liberdade de mercado.

A liberdade de mercado relacionava-se, como já se disse, com vários temas. Um deles era o açambarcamento ou monopólio.

Várias são as leis que, nos sécs. XVII e XVIII puniam este açambarcamento ou monopólio especulativo[1169]. O termo "atravessador" era, no antigo direito português, o usado para descrever aquilo que, mais tarde, será designado por monopolista, ou açambarcador. Várias são as leis que, nos sécs. XVII e XVIII puniam esta actividade[1170], mas sempre por causa da perturbação que ela causava no abastecimento. Nos inícios do séc. XIX, a questão já era outra: a de que o açambarcador destrói a justiça natural do mercado: "forma a esterilidade, armazenando ele só, não para seu consumo, senão para revender com lucro exorbitante e injúria alheia"[1171]. "Monopólio" queria dizer o mesmo ("quando uma ou mais pessoas se assenhoreiam da totalidade de um género ou fazenda, com o fim de lucrar, vendendo-o outra vez com um ganho derivado dessa escassez artificial")[1172]. A artificialidade da escassez denotava a contravenção da ordem natural do mercado e, portanto, o "abuso da faculdade que cada um busca de vender só [= sozinho] fazendas, géneros, cujo comércio devia ser livre" (*ibid.*).

Mas monopólio eram ainda – e contra isto se erguia também a doutrina de uma ordem natural do mercado – os privilégios ou exclusivos de venda outorgados pelo Estado, pois "num e noutro sentido o monopólio

[1169] V. lista (incompleta), em José Ferreira Borges, *Diccionario juridico-commercial* [...], cit., v. "Atravessador".

[1170] V. José Ferreira Borges, *Diccionario juridico-commercial* [...], cit., v. "Atravessador".

[1171] José Ferreira Borges, *Diccionario juridico-commercial [...]*, cit., v. "Atravessador"

[1172] José Ferreira Borges, *Diccionario juridico-commercial*, cit., v. "Monopolio".

repugna à liberdade, e sem ela não pode haver comércio" (*ibid.*); bem como as "gratificações" ou prémios outorgados pelo governo para "animar a produção e exportação de um artigo", benesses que merecem a Ferreira Borges uma clara censura: "Nós pelos princípios mais puros da economia política não vemos nelas senão uma tendência, como a dos chamados direitos protectores, ou proibitivos, da importação, a forçar os capitais e indústria para canais, que se são desvantajosos ao indivíduo devem sê-lo igualmente à sociedade, que é a soma dos indivíduos"[1173]. Quando José Ferreira Borges escreve estas linhas, o ideal de livre concorrência, neste sentido de abolição de monopólios, estava longe de realização. Existiam numerosos estanques como os do sal (alv. 4.8.1631), da aguardente, do chocolate e outras bebidas (alv. 6.4.1677), do tabaco, do sabão, das cartas de jogar.

Igualmente prejudicial da livre circulação dos produtos e, por isso, da livre concorrência, era a existência de fronteiras externas e internas, com ou sem pagamento de tributos. A forma mais atenuada destas limitações era a da exigência de guias para a circulação dos produtos[1174] e que, normalmente, ou protegiam privilégios de fabrico ou de comércio, ou interesses de cobrança fiscal.

Finalmente, prejudicava a igualdade, a variação dos padrões de contagem, de peso ou de medida. A questão da uniformização dos pesos e medidas tinha séculos de reflexão, mas tornara-se muito discutida desde os finais do séc. XVIII, pelas razões que Ferreira Borges sintetiza nos seus artigos sobre "Medidas" e "Pesos"[1175]:

> "Deveria haver um só padrão autêntico do cada espécie, formado da matéria a mais durável; e guardado com toda a regularidade e cuidado possível [...]. Nada existe em Portugal de mais irregular do que as suas medidas, e nada clama mais imediatamente por um trabalho que as regularize e uniforme [...]. Nós, partindo da linha como unidade na medida de extensão, formamos de doze uma polegada, de oito polegadas um palmo, de cinco palmos uma vara, e do duas varas uma braça. Porem servimo-nos na medição de retalho da medida côvado, que se diz de três palmos, mas o palmo

---

[1173] José Ferreira Borges, *Diccionario juridico-commercial*, cit., v. "Gratificações".

[1174] Como as que existiam para a circulação dos vinhos, depois da criação da Companhia de Vinhas do Alto Douro (Carta de instituição, § 30), dos vinhos ou carnes vendidas em Lisboa (alvs. 18.11.165, § 2; 10.5.1770), das fazendas que se vendiam no reino (dec. 12.12.1774).

[1175] José Ferreira Borges, *Diccionario juridico-commercial*, cit., vs. "Medidas" e "Pesos".

desta medida não é igual ao palmo da vara! O nosso quartilho, e por consequência a canada, o almude e a pipa não são iguais em todo o Portugal [...]. Estas medidas do Porto são 25 por cento maiores do que as da mesma denominação em Lisboa [...]; No alqueire, medida de capacidade, podemos notar a mesma diferença entre Lisboa e Porto, e em relação as demais províncias, cidades, vilas e aldeias ainda maiores irregularidade, sem falarmos mesmo da diferença conhecida pela expressão medida velha e medida nova, sem entrarmos nas diversidade de alqueires de quatro alqueires, de alqueires de catorze alqueires, de alqueirinho pequenino, de alqueire de braço curvado, e outros de que abundam os nossos antigos títulos. Eis aqui em suma o estado das nossas medidas. Desta incerteza vem um grande embaraço e transtorno ao comércio interno, porem um muito maior ao comércio externo. Um negociante encomendando uma pipa de vinho da Madeira, de Lisboa, e do Porto, chamando a tudo pipa encomenda todavia três quantidades distintas de líquido do mesmo Reino, e debaixo do mesmo nome" (v. "Medidas").

A uniformização, pela adopção do sistema métrico-decimal, é, no entanto, tardia (D. 11 e 17.1.1853), sendo também lenta – e lacunosa, quase até aos nossos dias – a sua efectiva implantação.

15.2.2. *A constituição dos sujeitos*

A constituição dos sujeitos das relações de mercado consiste na definição do âmbito daquilo que hoje chamamos a capacidade civil.

Não se encontra no primeiro direito liberal um conceito unitário e omni-compreensivo de "capacidade jurídica". Em Portugal, ele não aprece, nem em Melo Freire, nem em Almeida e Sousa (Lobão). É só com Coelho da Rocha que aparece um tratamento unificado da capacidade jurídica, abrangendo tanto a capacidade natural, como a capacidade civil[1176].

Porém, a grande fronteira entre os que podem ou não ser sujeitos do mercado não deixa de existir, diferenciada da capacidade política – a qual remete para uma outra problemática –, girando em torno de uma ideia fundamentalmente nova, a da titularidade de uma vontade robusta e sã, capaz de sustentar actos de gestão patrimonial. A regra de ouro está expressa por Melo Freire: "podem obrigar-se os que podem consentir e dispor das suas coisas" ["Obligari possunt, qui possunt consentire, et de rebus suis dis-

[1176] M. A. Coelho da Rocha, *Instituições [...]*, I, §97 ss..

ponere"[1177]]. Na sequência, enumera quem está excluído por esta regra geral: os filhos menores sem autorização dos pais; os coagidos e enganados; um pouco mais adiante[1178], acrescenta à lista os dementes (furiosos, mentecaptos), os pródigos. De mulheres e dependentes domésticos – criados, libertos e escravos – não se fala, porque a regra acerca dos filhos abrangia em geral todas estas pessoas integradas no corpo da família. Por outro lado, fixando a regra de ouro quanto às condições de expressão da vontade, estabelece que "não está prescrita pelo nosso direito nenhuma fórmula para contrair uma obrigação [...]", pelo que fica perfeita a obrigação por força do consenso e não do documento escrito, rematando com a reafirmação enfática de que "hoje as obrigações contraem-se sem quaisquer formalidades"[1179]. Embora em tempos passados por vezes se lhes pusessem requisitos de forma, dos quais, porém, seria agora ocioso falar[1180]. Já um jurista francês mais antigo, Jacques Cujas, falara de capacidade nestes largos termos[1181].

Era ainda esta regra da vontade que seleccionava aqueles que eram capazes de ser proprietários. O que é normal, porque a qualidade de proprietário é, em geral, uma condição para que a qualidade de contratante faça sentido. Almeida e Sousa (Lobão), porém, é expresso na ligação entre as duas coisas:

> "O domínio das pessoas particulares tem por causa, e fundamento o Direito da Natureza, e a Vontade do Divino Criador; tem por sujeito os homens racionais; e não podem por si adquiri-lo por falta de ânimo os infantes, os furiosos (menos que seus Tutores, e Curadores não aceitem, e adquiram por eles [...] Os efeitos do domínio adquirido são: 1.°: poder qualquer aliena-lo livremente, senão há Lei, ou pacto que lhe coíba a liberdade; 2.°:

1177 Melo Freire, *Institutiones iuris civilis lusitani*, 4,1,8.

1178 Ao falar dos que podem pactar ("os que podem consentir, sendo dotados de uma capacidade firme de julgar" (cf. Melo Freire, *Institutiones iuris civilis [...]*, cit., 4, 2, 3).

1179 Melo Freire, *Institutiones iuris civilis [...]*, cit., 4, 2, 3.

1180 "Obligations ergo hodie sine ullis ritibus contrahuntur, quamvis non nisi us adhibitis majores nostri vix quidquam alicujus momenti adgrederentur; eodem autem referre, cum in usus non sint" (*Institutiones iuris civilis*, IV,1,9). É daqui que decorre uma enorme valorização das convenções informais (*pacta, nuda pacta: "conventio sine nomine et causa, in quo a contracti differt, qui nomen et causam habet"*). Melo Freire, *Institutiones iuris civilis [...]*, cit., 4, 2, 1.

1181 "A incapacidade é uma exclusão, que impede de receber, e adquirir [...] e que faz obstáculo à acção [*i.e.*, permite uma *exceptio* da parte do demandado] na sua origem" (cit. Manuel de Almeida e Sousa (Lobão), *Tractado pratico compendiario das pensões ecclesiásticas*, § 172.

defendê-lo contra o invasor, ainda com mão armada [...];) 3.°: reivindicar do injusto possuidor a coisa, de que se adquiriu o domínio; 4.°: que aquele, que detém a coisa alheia, uma vez que venha nesse conhecimento, e de quem é o proprietário, deve pôr em pratica todos os esforços para a restituir ao proprietário"[1182].

Passemos, então, brevemente em revista algumas das principais categorias excluídas do mercado.

A primeira era, naturalmente, a dos *escravos*.

Os escravos, segundo o direito romano em uso nos inícios do séc. XIX, não eram pessoas, mas coisas, reputando-se como mortos[1183]. Por isso, eram incapazes de todos os actos relativos de direito público, como servir ofícios, de tutorias, de servir de testemunhas. No domínio do direito privado, estavam sujeitos ao poder e império domésticos dos seus senhores, que tinham sobre eles o chamado *jus vitae ac necis*, direito sobre a sua vida e sobre a sua liberdade física. Daí que os pudessem castigar (embora moderadamente), comprar, vender (ou, de outra forma, alienar) e dispor do seu trabalho. No que respeita à sua capacidade civil patrimonial, o novo direito romano admitia que o escravo adquiria para si mesmo, gozando de um regime semelhante ao do dos pecúlios dos filhos-família.

Mesmo tornado livre pela carta de alforria e adquirida a condição de libertino ou liberto, o ex-escravo mantinha-se vinculado ao antigo senhor, que agora se transmutava em padroeiro ou patrono, o qual ficava no lugar de seu pai, tendo direito a certos serviços ou obséquios. A alforria tanto podia ser revogada por ingratidão, como podia ser superada, tornando-se o liberto em homem plenamente livre (ingénuo), por graça do príncipe[1184]. No continente português, a escravidão terminara, na medida em que, pelo alv. de 16.1.1775, todos escravos existentes ficavam plenamente livres; medida estendida, pelo alv. de 19.9.1761, a todos os escravos trazidos do ultramar[1185].

[1182] Manuel de Almeida e Sousa (Lobão), *Notas [...] a Melo [...]*, cit., III, ad 3,2,1--4, art. I, n.° 3.

[1183] Heinneccius, 1794, I. III, § 75, p. 53 ss.; 1796, tit. III, p. 99; Manuel Borges Carneiro, *Direito civil [...]*, I.III, § 32, p. 97.; a reputação como "homens mortos" constituía uma restrição à sua coisificação plena, pois obrigava a certas normas de piedade que não se aplicariam a simples coisas.

[1184] Sobre tudo isto, Manuel Borges Carneiro, *Direito civil [...]*, I.III, §§ 33-34, p. 98 ss..

[1185] M. A. Coelho da Rocha, *Instituições [...]*, I, § 55.

A seguir, ainda no seio deste mundo doméstico, os *criados*[1186].

As *Ordenações* (*Ord. fil.*, 4, 28), embora declarem o princípio de que "todo o homem pode viver com quem quiser", excepciona "aqueles que por nossas justiças forem constrangidos, ou requeridos para viverem por soldada com outrem". Tais são os que as mesmas *Ordenações* (*Ord. fil.*, 1,88,§ 13 e 17) obrigavam a servir por soldada os lavradores (cf. § 17), o que valia, por extensão, para os criados, aprendizes e marinheiros que tivessem ajustado serviços para com os amos, mestres ou patrão de nave. Estes, se fugissem ou deixassem de servir por sua culpa seriam constrangidos a tornar a servir todo o tempo contido na obrigação[1187]. Assim, embora livres de comerciar e de possuir, estavam largamente limitados quanto ao exercício da liberdade de escolha de trabalho, ou seja, da capacidade de intervir no mercado do trabalho (ou da indústria, como então também se dizia). Não abordamos aqui, por fugir à questão central, a matéria das condições de trabalho e soldo[1188].

Mas o mundo doméstico abarcava ainda, mulheres e filhos. Comecemos pelas mulheres.

[1186] Cf. Carlos Petit , "Amos, servientes y comerciantes [...], cit..

[1187] Manuel Borges Carneiro, *Direito civil [...]*, I.III, § 36.Manuel de Almeida e Sousa (Lobão), *Notas [...] a Melo [...]*, cit., 2, ad II,,1,14.. Quando por culpa dos amos, Manuel Álvares Pegas, *Commentaria ad Ordinationes [...]*, cit., ad *Ord.fil.*, 1,3, gl. 4, cap. 19, p. 52. É interessante acrescentar que Almeida e Sousa (Lobão) censura a opinião de Melo Freire, em *Institutiones iuris civilis [...]*, cit.), quando este declara caduca a referida *Ordenação* (como relacionada com uma ordem feudal-senhorial já abolida), defendendo, pelo contrário, que o criado que não cumpriu os seus deveres de trabalho, não se podia liberar mediante uma simples indemnização, devendo cumprir pontualmente o acordado, podendo, portanto – e segundo o estilo do reino, que confirma com a legislação alemã (onde a servidão se manteve até tarde) e de alguma doutrina do *usus modernus* ou do direito comum – ser compelido sob prisão a prestar os serviços". Também quanto à obrigação de soldada, Almeida e Sousa (Lobão) restringe a sua obrigatoriedade (estabelecida nas *Ord. fil.*, 4,32) aos casos em que esta fosse expressamente ajustada "e não aos que servem a bem fazer" (*ibid.*, ad I, 17, rubr.).

[1188] O contrato de trabalho podia ser por jornada – duração de um dia ou por certo tempo que, na falta de convenção, era um ano, salvo se outro fosse o costume (*Ord. fil.*, IV, 30-31); ao menor de 12 anos, não devia ser arbitrada soldada, se o amo o alimentasse ou vestisse (contrato a bem fazer, ou por cama e roupa, cf. alv. 31.1.1775, § 4); os castigos moderados eram permitidos (*Ord. fil.*, V, 36, 1). Eram causas de despedimento: desobediência, falta de respeito, maus hábitos, imoralidade [como no caso de gravidez das criadas].

As mulheres casadas estavam sujeitas à tutela e curatela do marido, que dispunha do dever de as defender e cuidar, de as alimentar e de as corrigir e morigerar[1189]. A sujeição da mulher ao marido incluía a obrigatoriedade de residência na casa marital, a prestação de serviços adequados, como a cura da casa e dos filhos, o exercício "de alguma indústria ou ocupação singular e extraordinária, como a negociação, a ocupação de lavadeira, tecedeira, actriz, ama de elite, parteira, etc." (obras artificiais), pondo em comum com o marido os ganhos desta indústria[1190]. No plano patrimonial, o marido podia obrigar a mulher por contrato sem o seu consentimento, bem como doar livremente móveis e dinheiro. Já em contratos relativos a imóveis, as restrições aos poderes do marido eram maiores. Embora tivesse a posse e administração dos bens do casal e os pudesse arrendar livremente, não os podia alienar[1191] sem outorga da mulher[1192], embora pudesse – um pouco contraditoriamente – litigar livremente sobre eles[1193]. Em contrapartida, a mulher não podia contratar sem autorização do marido, mesmo sobre bens móveis "pela fragilidade da mulher e pelo respeito que esta deve ao marido", como escreveu Pegas, de acordo com uma lição que ainda é comum nos meados do séc. XIX; apenas se exceptuavam, naturalmente, os negócios praticados no exercício de profissão autorizada pelo marido, nomeadamente daquelas, acima referidas, que competiam às mulheres casadas. Também não podia litigar, sem o consentimento do marido, ainda que sobre móveis[1194].

O Código comercial de 1838 abrira, no entanto, a possibilidade de a mulher se dedicar ao comércio (art. 24 ss.) e, nesta medida, de se obrigar nos limites do seu comércio.

Estivemos a referirmo-nos ao regime geral do reino, a comunhão geral (cf. *Ord. fil.*, IV, 46)[1195]. O regime dotal, bastante comum entre a no-

[1189] Manuel Borges Carneiro, *Direito civil [...]*, I.XII, § 116, p. 62 ss.

[1190] Manuel Borges Carneiro, *Direito civil [...]*, I.XII, § 117

[1191] Aqui se compreendendo a alienação de qualquer direito sobre eles, como o usufruto, o domínio útil, foros ou pensões, rendas anuais, direitos reais, padroados, jurisdições (*Ibid.*, § 120, n.° 36).

[1192] Manuel Borges Carneiro, *Direito civil [...]*, I, XII, §§ 119-120, pp. 74 ss..

[1193] Manuel Borges Carneiro, *Direito civil [...]*, I.XII, § 124 (se litigar como réu, a mulher tem que ser citada pelo autor). Coelho da Rocha é mais restritivo quanto aos poderes do marido para litigar sem o consentimento da mulher (*Instituições de direito civil portuguez*, I, § 233).

[1194] Manuel Borges Carneiro, *Direito civil [...]*, I.XII, § 125.

[1195] De notar que a comunhão geral portuguesa abrangia todos os bens do casal, adquiridos pelos cônjuges antes ou depois do casamento. Nisto se distinguia da comunhão

breza, mesmo a pequena nobreza provincial, garantia à mulher uma maior autonomia patrimonial, pois os bens dotais – entregues à mulher pelos dotadores (normalmente, pais ou familiares próximos) por contrato antenupcial – não podiam ser alienados senão precedendo autorização judicial[1196]. Embora também valessem, em relação a eles, todos os poderes de administração do marido, a sua inalienabilidade, não só garantia a mulher de pressões domésticas para consentir na alienação, como os reservava para ela, no caso de separação, sem que o marido neles tivesse qualquer participação[1197].

Os *filhos*, tal como a esposa, estão sujeitos ao pátrio poder. Este engloba direitos pessoais (v.g., mantê-los em sua casa, castigá-los moderadamente, educá-los e dirigi-los)) e direitos patrimoniais.

Na falta de legislação pátria correspondente, os filhos-família continuavam a ser atingidos, *independentemente da sua idade*, pelas restrições da capacidade civil que estavam estabelecidas nas *Ordenações* (*Ord. fil.*, 4, 81, § 1; *Ord. fil.*, 1, 88). Melo Freire sintetiza-as assim: "[os pais gozam do] poder doméstico sobre as pessoas dos filhos e seus bens e acções, o qual lhes é dado e permitido pela lei, ou porque são partes e porções do corpo dos pais, ao pertencer à família, ou porque não podem ser educados senão de tal modo que as suas acções sejam dirigidas por outrem [...] Porém estes direitos naturais e civis dos pais apenas chegam até onde o requerer a função de educar"[1198].

Já Almeida e Sousa (Lobão), fundado no direito natural (cuja confirmação legislativa recente encontrava no *Code civil*, art. 372), se inclinava para a liberação dos filhos em relação ao poder paternal quando estes atingissem a idade madura, aos 25 anos. Mas o passo decisivo neste sentido só foi dado, em 1852, por Coelho da Rocha que, abonando-se no mesmo *Code civil*, no *ABGB* austríaco de 1815, e na Reforma judiciária de 1836 (art.

geral que o *Code civil* estabelecia como supletivo, pois neste não se comunicavam os imóveis que cada cônjuge trouxesse para o casamento.. Cf., para uma apreciação de direito comparado, M. A. Coelho da Rocha, *Instituições [...]*, I, 302 (nota M ao § 241).

[1196] Cf., por todos, M. A. Coelho da Rocha, *Instituições [...]*, § 267.

[1197] Sobre os regimes de bens em Portugal, v. a minha nota em John Gilissen, *Introdução histórica ao direito [...]*, cit., 1988, 592 ss. (III parte, cap. 1, E.).

[1198] Concretizando, Melo Freire, *Institutiones iuris civilis [...]*, cit. (II, 4, § 5) atribui aos pais o poder de administrar os bens dos filhos, acrescentando a isto a sua venda (ou outra forma de cessão longo termo, como, por exemplo, a enfiteuse), embora apenas excepcionalmente.

453, em termos restritos, que a doutrina alargou)[1199], declarava que os filhos se emancipam pela maioridade[1200], a qual se atingia aos 25 anos.

A capacidade proprietária e contratual dos filhos sujeitos ao poder paternal correspondia ao regime dos "pecúlios", ou seja, dos bens que os filhos tivessem adquirido em acto de guerra (*pecúlio castrense*), em acto de letras (*pecúlio quase castrense*[1201]), por entrega do pai para administração separada (*pecúlio profectício*) ou por exercício da própria indústria ou trabalho (*pecúlio adventício*)[1202]. De onde se conclui que a capacidade patrimonial dos filhos quanto aos bens adquiridos pelo trabalho e indústria se encontrava, afinal, bastante alargada, o mesmo acontecendo à sua capacidade creditícia nas mesmas matérias[1203]. O alargamento desta capacidade possessória e negocial garantida pelos pecúlios era, afinal, o que constituía a válvula de escape para um estatuto de incapacidade jurídica virtualmente muito prolongado no tempo, que repugnava de há muito às práticas correntes.

Quanto à sua liberdade de trabalho, o regime dos filhos era paralelo, tanto na teoria como na prática. Neste restrito sentido da liberdade de emprego ou de trabalho, os filhos não eram livres enquanto devessem receber os alimentos em casa dos pais, e prestar-lhes gratuitamente os serviços, e obséquios, pois não podiam apartar-se do lar paterno sem justa causa, devendo assim ser considerados como "criados artificiais"[1204]. O

[1199] A Reforma também admitia o exercício do pátrio podre conjuntamente com a mãe (art. 422). Já antecedida, neste ponto, pelo dec. de 13.5.1832. O Código civil fixa a maioridade nos 21 anos, mas também substancialmente igual o conteúdo do poder paternal (arts. 137, 138, 143, 168 a 170).

[1200] Cf. *Instituições de direito civil portuguez*, I, p. 215 e pp. 314 ss..

[1201] "É Pecúlio quase castrense tudo quanto adquire o filho pela Magistratura, ou ensinando línguas, e ciências em público, ou particular; pelo ofício de advogado, médico, ou cirurgião, compreendendo-se neste Pecúlio, tudo quanto o pai dá ao filho Legista, Canonista, Médico, ou Professor de outra ciência, ou de livros, ou por intuito dela, e para o seu exercício" (Manuel de Almeida e Sousa (Lobão), *Notas [...] a Melo [...]*, cit., ad 2,4, § 13, rubr. E nota, Parte I, n.° 7); Manuel Borges Carneiro, *Direito civil [...]*, I.XX, § 184, n. 4 (p. 269).

[1202] Manuel de Almeida e Sousa (Lobão), *Notas [...] a Melo [...]*, cit., *ad* II,4,§ 13, rubr. E nota.

[1203] Não obstante as restrições tanto do direito romano como do direito pátrio quanto à validade de empréstimos feitos a filhos-família. V., em conclusão, Manuel de Almeida e Sousa (Lobão), *Notas [...] a Melo [...]*, cit., ad 2,4, § 14, rubr., n.° 37. Manuel Borges Carneiro, *Direito civil [...]*, I.XXI, § 191.

[1204] Manuel de Almeida e Sousa (Lobão), *Notas [...] a Melo [...]*, cit., ad 1, 14, rubr..

mesmo acontecia com os órfãos, postos pelos seus tutores como aprendizes de algum ofício[1205-1206].

Paradoxalmente, os filhos-família, se maiores, tinham uma plena capacidade de direito público, podendo ser magistrados ou oficiais públicos[1207].

Havia outras categorias de *capitis diminutio* (diminuição da capacidade)

Sob a designação de quase menores, atribuindo-lhes as limitações da capacidade jurídica dos menores, abrangia ainda a doutrina: o fisco, a Igreja, as cidades, os *collegia* (ou comunidades civis, como colégios, hospitais, casas de recolhimento), os dementes, os velhos decrépitos, os surdos, os ausentes, os presos, as viúvas e os miseráveis, os soldados e os rústicos. Por esta razão, os actos por eles praticados podem ser anulados (privilégio da restituição[1208].

Fora da sociedade civil estavam ainda os *mendicantes* e os *pródigos*.

Os *mendicantes* válidos, que podem ser constrangidos a servir, "porque o homem nasce para o trabalho, e não para a ociosidade"[1209], consequência os autores fundam directamente em princípios puramente doutrinais, embora com alguma eventual tradução legislativa[1210].

Os *pródigos* eram aqueles que estavam dominados por uma espécie de "mania, que mostra a impotência da razão e da vontade na conservação dos bens [...] que podiam ter aplicações regradas, prudentes e úteis"[1211]. Constituíam o oposto do "varão prudente" em que a teoria liberal da acção justa se fundava[1212].

A interdição por prodigalidade (como também a por demência) apresentava riscos, pois eram frequentes os conluios para interdições abusivas, tanto mais que, nestes casos, era grande o arbítrio do juiz. Daí que já Melo

---

1205 Manuel de Almeida e Sousa (Lobão), *Notas [...] a Melo*, cit., ad I, 14, rubr..

1206 V., sobre os modelos jurídicos do mundo familiar em Portugal, Hespanha, António Manuel, "Carne de uma só carne:[...]", cit..

1207 Não podiam exercer direitos eleitorais se vivessem com o pai (Carta constitucional de 1826, art. 65, § 2, art. 66). V., antes, cap. 11.4.8.2.

1208 Cf. Manuel Borges Carneiro, *Direito civil [...]*, III, Lisboa, 1826, tits. 32-37. (ed. utilizada 1851).

1209 Manuel de Almeida e Sousa (Lobão), *Notas [...] a Melo [...]*, cit..

1210 Cf. Manuel Borges Carneiro, *Direito civil [...]*, III, t. 32, § 273

1211 Francisco António da Silva Ferrão, *Diccionario elementar remissivo ao Código Civil*, cit., v. "Prodigalidade habitual".

1212 Já pelas *Ordenações*, os pródigos estavam sujeitos a curatela (*Ord. fil.*, 4, 103,6).

Freire tivesse restringido a noção de pródigo[1213]. O assunto complicou-se com a ênfase liberal no império da vontade. Na Comissão revisora do Código Civil de 1867 "foi muito impugnada a interdição dos pródigos por muitos economistas [...] com fundamento na impossibilidade de bem definir a prodigalidade, e de assignar as raias ou os limites da justa mediania ou da temperança nas despesas [...] mas prevaleceu a final a opinião contrária, principalmente por causa dos escandalosos exemplos de prodigalidade que então dava a capital, onde o abuso havia chegado ao ponto de se criarem associações para explorar pródigos"[1214].

Esta discussão, de facto, era nodal, porque se relacionava com um ponto fulcral da nova teoria voluntarista do património. Na verdade, como ponderava Dias Ferreira, "a interdição por prodigalidade ofende o direito de propriedade, que não é completo quando não compreende também o abuso, e porque a lei não deve prescrever o cumprimento de deveres morais" (*ibid.* ad art. 341, p. 240). A Comissão, porém, preferiu a razoabilidade e a moralidade aos "Individualistas radicais, que negam à sociedade o direito do limitar o uso da propriedade; e, pelo contrário, reconheceu o direito de reprimir o desprezo habitual dos deveres morais, quando transcende os limites do respeito pela ordem pública, e pela boa organização da família, porque a prodigalidade é sempre a causa de outros vícios mais desastrosos". É fundamentalmente isto que restringe a acção de prodigalidade a pessoas casadas, com ascendentes ou descendentes legítimos, pois só então se verificaria um prejuízo atendível no plano da ordem pública (*ibid.*, p. 241)[1215].

Um tipo especial e mais grave de prodigalidade era o da demonstrada pelos falidos (ou *quebrados*). "Diz-se comerciante quebrado aquele, que por vício da fortuna ou seu, ou parte da fortuna e parte sua, se acha inábil para satisfazer a seus pagamentos, e abandona o comércio" (art. 1121 do Cod. Com. 1833).

[1213] A quem gastasse "os bens sem fim algum, e como loucos; quais não são – continua – os que somente gastam com demasia em liberalidades e mesmo em vícios" (cit. por Manuel Borges Carneiro, *Direito civil [...]*, I, tit. 31, n.º 5, nota a).

[1214] José Dias Ferreira, *Codigo civil annotado [...]*, cit., 1894, ad. Art. 341, ed. util., p. 240.

[1215] É este carácter social (antes de tudo, familiar) da interdição por prodigalidade que fazia com que se substituísse a audição do arguido pela reunião do conselho de família (art. 424 do CPC). De facto, os pródigos eram interditados por acção sumária, sem que o arguido devesse sequer ser ouvido (arts. 340 a 352 do *Cód. civ.* 1867).

Realmente, não se tratava aqui tanto de uma mania de dissipação, mas antes de uma incapacidade – fortuita ou deliberada – de gerir com êxito uma empresa comercial. Já as *Ordenações* previam a situação, que puniam, nos casos de bancarrota com culpa grave (como a prodigalidade, o luxo desmesurado, as empresas temerárias) ou fraude (sonegação do património, da escrituração, fuga do falido)[1216]. Na sequência da citada legislação pombalina, a declaração da falência originava um extravagante jogo ficcional, com a morte e ressurreição do falido. De facto, o Alv. de 1756 impunha a morte civil do falido, com a extinção das acções comerciais contra ele. Mas, uma vez sanadas as dívidas, o falido de boa fé "civilmente ressuscitasse, para livre, e desembaraçadamente traficar, e comerciar, como uma nova pessoas, que antes da dita ressurreição civil não houvesse existido no mundo" (§ 22, Alv. 13.9.1756). Pelo Código comercial de 1833, a declaração de falência importava a inibição de dispor dos seus bens desde o dia da falência (art. 1132); a selagem dos bens e livros de contas e nomeação de curador (art. 1155); a imediata exigibilidade das dívidas passivas não vencidas, comerciais ou civis, e a cobrança simplificada [executiva] de todas elas (art. 1138). A reabilitação era possível nas falências de boa fé, mas não nas fraudulentas (arts. 1264-1265). Os falidos não reabilitados não podiam exercer o comércio (art. 29.°, n.° 2 do CC 1833).

Finalmente, os *estrangeiros*. Tinham o seu estatuto jurídico regulado pelo direito das gentes, não conhecendo o direito português as restrições acolhidas noutros direitos quanto à sua capacidade contratual, proprietária ou sucessória. Embora a doutrina[1217] admita restrições ao abrigo da cláusula da reciprocidade. Vários tratados tinham reconhecido às comunidades (nomeadamente, de comerciantes) estrangeiras jurisdição especial, a cargo dos respectivos cônsules[1218].

Ainda sobre a constituição dos sujeitos.

O reconhecimento de uma genérica liberdade de trabalho e de indústria obrigava, naturalmente, à extinção da organização corporativa de Antigo Regime. Na sequência da Revolução, os liberais tentaram, num primeiro momento, a mera reforma das corporações (Carta de lei 31.10.1822; D. 24.7.1824); são abolidas em 24.7.1824. Com a garantia, pela *Carta*

[1216] Cf. *Ord. fil.*, 5, 66; Alv. 13.11.1756, sobre a qual v. Rui Marcos, "A legislação pombalina", cit., 216 ss..

[1217] V.g., Manuel de Almeida e Sousa (Lobão), *Notas [...] a Melo [...]*, cit., ad II, 11 rubr..

[1218] V. enumeração (parcial) em Manuel de Almeida e Sousa (Lobão), *Notas [...] a Melo [...]*, cit., ad II,2).

Freire tivesse restringido a noção de pródigo[1213]. O assunto complicou-se com a ênfase liberal no império da vontade. Na Comissão revisora do Código Civil de 1867 "foi muito impugnada a interdição dos pródigos por muitos economistas [...] com fundamento na impossibilidade de bem definir a prodigalidade, e de assignar as raias ou os limites da justa mediania ou da temperança nas despesas [...] mas prevaleceu a final a opinião contrária, principalmente por causa dos escandalosos exemplos de prodigalidade que então dava a capital, onde o abuso havia chegado ao ponto de se criarem associações para explorar pródigos"[1214].

Esta discussão, de facto, era nodal, porque se relacionava com um ponto fulcral da nova teoria voluntarista do património. Na verdade, como ponderava Dias Ferreira, "a interdição por prodigalidade ofende o direito de propriedade, que não é completo quando não compreende também o abuso, e porque a lei não deve prescrever o cumprimento de deveres morais" (*ibid.* ad art. 341, p. 240). A Comissão, porém, preferiu a razoabilidade e a moralidade aos "Individualistas radicais, que negam à sociedade o direito do limitar o uso da propriedade; e, pelo contrário, reconheceu o direito de reprimir o desprezo habitual dos deveres morais, quando transcende os limites do respeito pela ordem pública, e pela boa organização da família, porque a prodigalidade é sempre a causa de outros vícios mais desastrosos". É fundamentalmente isto que restringe a acção de prodigalidade a pessoas casadas, com ascendentes ou descendentes legítimos, pois só então se verificaria um prejuízo atendível no plano da ordem pública (*ibid.*, p. 241)[1215].

Um tipo especial e mais grave de prodigalidade era o da demonstrada pelos falidos (ou *quebrados*). "Diz-se comerciante quebrado aquele, que por vício da fortuna ou seu, ou parte da fortuna e parte sua, se acha inábil para satisfazer a seus pagamentos, e abandona o comércio" (art. 1121 do Cod. Com. 1833).

[1213] A quem gastasse "os bens sem fim algum, e como loucos; quais não são – continua – os que somente gastam com demasia em liberalidades e mesmo em vícios" (cit. por Manuel Borges Carneiro, *Direito civil [...]*, I, tit. 31, n.° 5, nota a).

[1214] José Dias Ferreira, *Codigo civil annotado [...]*, cit., 1894, ad. Art. 341, ed. util., p. 240.

[1215] É este carácter social (antes de tudo, familiar) da interdição por prodigalidade que fazia com que se substituísse a audição do arguido pela reunião do conselho de família (art. 424 do CPC). De facto, os pródigos eram interditados por acção sumária, sem que o arguido devesse sequer ser ouvido (arts. 340 a 352 do *Cód. civ.* 1867).

Realmente, não se tratava aqui tanto de uma mania de dissipação, mas antes de uma incapacidade – fortuita ou deliberada – de gerir com êxito uma empresa comercial. Já as *Ordenações* previam a situação, que puniam, nos casos de bancarrota com culpa grave (como a prodigalidade, o luxo desmesurado, as empresas temerárias) ou fraude (sonegação do património, da escrituração, fuga do falido)[1216]. Na sequência da citada legislação pombalina, a declaração da falência originava um extravagante jogo ficcional, com a morte e ressurreição do falido. De facto, o Alv. de 1756 impunha a morte civil do falido, com a extinção das acções comerciais contra ele. Mas, uma vez sanadas as dívidas, o falido de boa fé "civilmente ressuscitasse, para livre, e desembaraçadamente traficar, e comerciar, como uma nova pessoas, que antes da dita ressurreição civil não houvesse existido no mundo" (§ 22, Alv. 13.9.1756). Pelo Código comercial de 1833, a declaração de falência importava a inibição de dispor dos seus bens desde o dia da falência (art. 1132); a selagem dos bens e livros de contas e nomeação de curador (art. 1155); a imediata exigibilidade das dívidas passivas não vencidas, comerciais ou civis, e a cobrança simplificada [executiva] de todas elas (art. 1138). A reabilitação era possível nas falências de boa fé, mas não nas fraudulentas (arts. 1264-1265). Os falidos não reabilitados não podiam exercer o comércio (art. 29.°, n.° 2 do CC 1833).

Finalmente, os *estrangeiros*. Tinham o seu estatuto jurídico regulado pelo direito das gentes, não conhecendo o direito português as restrições acolhidas noutros direitos quanto à sua capacidade contratual, proprietária ou sucessória. Embora a doutrina[1217] admita restrições ao abrigo da cláusula da reciprocidade. Vários tratados tinham reconhecido às comunidades (nomeadamente, de comerciantes) estrangeiras jurisdição especial, a cargo dos respectivos cônsules[1218].

Ainda sobre a constituição dos sujeitos.

O reconhecimento de uma genérica liberdade de trabalho e de indústria obrigava, naturalmente, à extinção da organização corporativa de Antigo Regime. Na sequência da Revolução, os liberais tentaram, num primeiro momento, a mera reforma das corporações (Carta de lei 31.10.1822; D. 24.7.1824); são abolidas em 24.7.1824. Com a garantia, pela *Carta*

[1216] Cf. *Ord. fil.*, 5, 66; Alv. 13.11.1756, sobre a qual v. Rui Marcos, "A legislação pombalina", cit., 216 ss..

[1217] V.g., Manuel de Almeida e Sousa (Lobão), *Notas [...] a Melo [...]*, cit., ad II, 11 rubr..

[1218] V. enumeração (parcial) em Manuel de Almeida e Sousa (Lobão), *Notas [...] a Melo [...]*, cit., ad II,2).

Constitucional (art. 145, § 23), da liberdade de comércio, a solução tinha que ser mais drástica. E, assim, o dec. 7.5.1834 suprimiu as corporações de mesteres, por incompatíveis com o novo sistema.

15.2.3. *A constituição dos objectos*

Sob esta epígrafe trataremos, sucessivamente, dois temas. O primeiro é o da constituição como do mundo de que os homens dispõem, ou seja, da constituição das coisas, da definição do âmbito de entidades que estão disponíveis para o comércio jurídico, que são (se tornam) ou não são (deixam de ser) *mercadorias*. Aparentemente trivial, trata-se, pelo contrário, de uma questão densamente embebida em pré-compreensões culturais, como veremos.

Num segundo momento, trataremos do espectro de relações dos sujeitos com as coisas; o que, neste contexto, significará, antes de tudo, uma redução drástica desse espectro, tendendo para a homogeneização das relações reais, sob a égide da nova forma universal e plena de possuir – a propriedade.

15.2.3.1. *Coisas*

Comecemos por lembrar que, na base da regulação jurídica das coisas no período do direito comum estava uma concepção orgânica da Criação. "As Leis Civis – escreve Almeida e Sousa (citando Jean Domat) no seu comentário ao livro sobre direitos reais de Melo Freire – desenvolvem as distinções, que elas fazem das coisas, e tudo o que Deus tem criado para o homem. E, como para nosso uso é que Ele tem feito todo este Universo, e Ele tem destinado a nossas precisões tudo o que contem a terra, e os Céus, (*Deuteron*. C. 4, v. 19; *Sap*. C. 9, v. 2), esta destinação de todas as coisas e todas as nossas diferentes precisões é o fundamento das diferentes maneiras, de que as Leis consideram, e distinguem as diferentes espécies de coisas, para regular os diferentes usos, e os comércios, que delas fazem os homens (Domat, *Loix civiles dans leur ordre. natur.*, Liv. Prelimin. T. 3 no Pref.)"[1219].

[1219] Manuel de Almeida e Sousa (Lobão), *Notas [...] a Melo [...]*, cit., 3 ad 3,1,1. Neste conceito de coisas, inclui não apenas os objectos físicos, os usos e também as acções

A doutrina iluminista encarregou-se de libertar a noção de coisa desta visão orgânica e natural das utilidades, ligando-a mais à vontade de uso dos sujeitos do que a uma ordenação natural ou divina do mundo. Manuel Borges Carneiro, citando Heinneccius, já ensina que "coisa ou bens em acepção jurídica é tudo o que pode pertencer a alguém, e tem uso na vida humana"[1220].

Por outro lado, o direito presumia o carácter livre (ou alodial) das coisas, ou seja, presumia que "sobre elas não incidia nenhuma servidão ou encargo, pensão, ou hipoteca"[1221], embora tal presunção não se estendesse aos dízimos eclesiásticos nem aos impostos ou colectas públicas.

Em todo o caso, a ordem da criação determinava ainda uma certa classificação das coisas, da qual resultava que algumas delas estivessem fora do comércio. Desde logo, as coisas sagradas, consagradas e benzidas para o uso religioso, e que estavam por natureza fora do comércio[1222]. Mas destas se haviam de distinguir os outros bens e rendas temporais da Igreja, que podiam ser alienadas e postas no comércio (embora sob certas condições e formalidades)[1223]. Depois, as coisas santas, tomado aqui o termo numa acepção muito genérica de coisas protegidas e invioláveis: desde os palácios régios, as muralhas das cidades, as próprias casas particulares (para alguns efeitos)[1224]. De seguida, as coisas religiosas, como as sepulturas, os cemitérios e os próprios cadáveres e ossadas[1225].

Num apartado seguinte, estavam fora do comércio as coisas comuns a todos – como o ar[1226]; os cursos de água perenes, navegáveis ou flutuáveis, tidos comummente por de uso comum, para navegação, pesca e extracção de água (rios públicos)[1227]; o mar e as suas praias[1228]. Também

(*ibid.*), abonando-se na doutrina comum, no Código da Prússia e na L. de 20.06.1774, § 27. Por outro lado, a fronteira entre coisas e pessoas era muito mais indistinta do que hoje: cf. A. M. Hespanha, *História de Portugal moderno* [...], cit..

[1220] Manuel Borges Carneiro, *Direito civil [...]*, II, § 1, p. 2 da ed. util..

[1221] Manuel Borges Carneiro, *Direito civil [...]*, II, § 4, p. 2.

[1222] Manuel de Almeida e Sousa (Lobão), *Notas [...] a Melo [...]*, cit.., T. 1, § 3.

[1223] Cf. *ibid.*, n.º 3.

[1224] Cf. *ibid.*, t. 1, § 5.

[1225] Manuel de Almeida e Sousa (Lobão), *Notas [...] a Melo [...]*, cit.., t. 1, § 6). Cf. Manuel Borges Carneiro, *Direito civil [...]*, II, § 2, p. 2.

[1226] Manuel de Almeida e Sousa (Lobão), *Notas [...] a Melo [...]*, cit.., t. 1, § 8, ns. 1 e 2.

[1227] *Ord. fil.*, 2,26, §8; *ibid.*, n.º3.

[1228] Manuel de Almeida e Sousa (Lobão), *Notas [...] a Melo [...]*, cit.., t. 1, § 8, n.º 11.

estavam fora do comércio as coisas públicas[1229] – entre os quais se contavam os "bens da coroa", a ela essencialmente reversíveis, nos termos da Lei Mental –, a que mais se dará a designação de "bens nacionais"[1230], como as ruas e estradas públicas, o leito e margens dos rios públicos. Fora do comércio estavam ainda os bens próprios dos concelhos, os bens comuns dos povos, como os matos e pastos comuns (baldios), cuja alienação definitiva e, logo, a sua entrada no comércio, estava proibida por direito[1231].

E, por fim, os bens vinculados (morgados e capelas), que não se podiam distratar da instituição vincular (v. *infra*).

15.2.3.2. *A propriedade sobre as coisas*

Ainda no início do séc. XIX, o tradicionalista Manuel de Almeida e Sousa (Lobão) apresenta como causa e fundamento do direito de propriedade "o Direito da Natureza, e a Vontade de Divino Criador"[1232]. Porém, o próprio autor que ele comentava, Pascoal de Melo Freire, era menos claro nesta ligação dos poderes sobre as coisas a uma ordem divina da criação, definida pela vontade de Deus, realçando, em contrapartida, o carácter modelador da vontade do homem: "O direito sobre uma coisa especificada chama-se propriedade, pelo qual, conceito entendemos o direito de dispor livremente da coisa, de tirar dela *todas as utilidades*, excluindo o seu uso por outros e exigindo-a de qualquer outra pessoa"[1233].

Em todo o caso, na lição comum dos autores dos finais do séc. XVIII e início do séc. XIX, os princípios liberais no uso das coisas estavam já bem enraizado: "O atributo essencial e geral do domínio – escreve Manuel Borges Carneiro – é a faculdade de usar e dispor *livremente* da sua coisa, hipotecá-la, aliená-la em vida ou por morte, etc.[...] ainda que desse uso ou livre disposição resulte prejuízo ou incómodo a outrem; pois regularmente

---

[1229] Manuel de Almeida e Sousa (Lobão), *Notas [...] a Melo [...]*, cit.., T. I, § 8, n.° 13 ss..

[1230] M. A. Coelho da Rocha, *Instituições [...]*, I, § 86.; mas não os "próprios nacionais", que podiam vir a ser incorporados no património particular.

[1231] Sobre as limitações da concessão dos bens dos concelhos, v. Manuel de Almeida e Sousa (Lobão), *Notas [...] a Melo [...]*, cit., III, ad I, 8, n.° 34 ss.. Também Manuel Borges Carneiro, *Direito civil [...]*, II, t. V, § 27, p. 87.

[1232] Manuel de Almeida e Sousa (Lobão), *Notas [...] a Melo [...]*, cit., III, ad 2,1-4, art. 1, n.° 3.

[1233] Melo Freire, *Institutiones iuris civilis*, 3, 2, 1.

quem usa do seu direito não faz injuria a ninguém [...] posto que as leis não aprovam este abuso e dissipação, L. 3 de Agosto de 1770, antes reprimem a prodigalidade [...]"[1234].

Mas, sobretudo, estava bem firmada a regra de que "a inviolabilidade do domínio ou direito de propriedade é uma das primeiras bases da ordem social, e grande prova da civilização das nações, assim como as feridas neste direito sagrado mostram a sua barbárie"[1235], bem como o de que o soberano, além de "não ser senhor dos bens dos súbditos", apenas pode usar do direito de coarctar o domínio dos particulares "com moderação extrema"[1236]. O primeiro manual de direito constitucional publicado em português, o do espanhol Ramón Salas também afirma o mesmo, agora do ponto de vista do novo direito político: "A propriedade é o mais sagrado de todos os direitos do homem, o fundamento de toda, e qualquer associação Política, de maneira, que quando a propriedade e a igualdade estão em oposição e se excluem mutuamente, a igualdade deve ser sacrificada à propriedade"[1237]. Ao passo que outro constitucionalista muito influente em Portugal na década de '30, M. L. A. Macarel[1238], define o âmbito do conceito: "O homem civilizado e dono da sua pessoa entende-se ser também do fruto de seu trabalho, ou seja, dos produtos que por sua força ou arte obteve da natureza. Emprega-os em sustentar ou melhorar a sua existência, e por força da actividade, habilidade ou economia teve a felicidade de que os produtos excedam o que pôde ou quis gastar, guarda este sobrante" (I, 164). Daí que a propriedade abranja o que se consome, o que sobra do consumo ou "utilidades" (comestíveis, combustíveis, vestidos, móveis, utensílios, máquinas, etc.), a moeda (como meio comum de trocas) e, por fim, "as porções de terreno já produtivas, os susceptíveis de cultivo, cobertas ou não de habitações [...]". Ou seja, propriedade é o nome geral para "fazendas de campo, rendas, réditos pecuniários, somas de moeda, produtos de manufacturas ou da natureza [que] são as principais formas sob as quais o homem possui os resultados do seu trabalho". Concluindo "[...] aplicar este nome [de propriedade] unicamente aos domínios territoriais é empregar uma linguagem inexacta e perigosa. As proprieda-

---

1234 Manuel Borges Carneiro, *Direito civil [...]*, II, t. I, § 13.

1235 Manuel Borges Carneiro, *Direito civil [...]*, II, t. I, § 12, n. 17, citando Bentham.

1236 Manuel Borges Carneiro, *Direito civil [...]*, *ibid.*.

1237 Ramon Salas, *Lecciones de derecho público constitucional (1821)*, publ. em A. M. Hespanha e Cristina N. Silva, "Fontes para a história constitucional [...]", cit., p. 29-30).

1238 Louis-Antoine Macarel, *Éléments de droit public [...]*, cit..

des, de qualquer espécie que sejam, têm uma mesma origem e todas são igualmente respeitáveis [...] Para garantir e completar o sistema geral das propriedades, a lei determina os modos e as condições dos contratos, aquisições, transmissões, heranças &c.[...] Este sistema, que contribuiu tanto para desenvolver e aperfeiçoar a ordem social, é hoje o mais estreito dos vínculos que unem entre si os habitantes de um mesmo país e de países diversos".

Eis, descrita de forma singularmente clara, a função genética da propriedade (antes dela, do trabalho, como componente distintiva e específica do homem) na constituição da sociedade política. Assim como o papel que ela mantém, mesmo depois da redacções das constituições, como instância fundamental e eminente de regulação da vida social. Constituída em forma da relação do homem com as coisas, é ela, afinal, aquilo que modela as relações entre os homens e, por isso, se eleva a constituição mesma da sociedade civil.

Daí que a propriedade seja, ao mesmo tempo, o fundamento mais sólido dos direitos políticos: "A propriedade é o fundamento da independência; pois, à medida que o homem acumula e torna mais produtivo os frutos e trabalho, vai dispondo cada vez mais das suas faculdades pessoais, físicas e morais; liberta-se do jugo da vontade particular de outros homens, e coloca-se no estado de não render obediência senão às leis gerais da sociedade" (*ibid*). E, por isso – e não apenas pelo interesse privado de que é objecto – é que a propriedade tem que ser defendida, tanto contra atentados particulares, como contra atentados dos poderes públicos[1239].

Uma última observação sobre a relação entre propriedade e vontade, com consequências jurídico-dogmáticas importantes e, sobretudo, revolucionárias de uma tradição de séculos. A liberdade do uso da propriedade – ou seja, o domínio do princípio da vontade, também em matéria de propriedade, sobre regras objectivas ou situações consolidadas pelo tempo – vem fazer com que se opere uma mudança muito importante na doutrina sobre a aquisição da propriedade: a da sua natureza meramente convencional, independente da posse ou entrega da coisa. Foi o *Code civil* (art. 1138) que, inspirado na lição dos juristas racionalistas, vem dispensar a necessidade de tradição material da coisa, declarando transferida a propriedade por mero efeito do contrato[1240]. Esta novidade já é aventada por

[1239] Como são a expropriação sem justa causa e indemnização, bancarrotas e alteração da moeda, impostos excessivos e mal repartidos, empréstimos públicos (168 ss.).

[1240] Cf. *Ord. fil.*, 4, 7, exigindo a entrega ou tradição da coisa para a transferência da propriedade.

Melo Freire [1241]; mas apenas é abertamente recebido Correia Teles, no seu *Digesto portuguez* (1851) [1242] e, depois, por Coelho da Rocha [1243].

15.2.3.3. *Entre o esplendor da propriedade e os direitos do príncipe*

A questão dos poderes do príncipe sobre a propriedade dos súbditos era uma das mais velhas questões da dogmática jurídica ocidental, recolhida pela doutrina portuguesa do direito comum[1244]. A posição dominante nos juristas seiscentistas era a de que o poder do rei sobre os bens dos súbditos não correspondia ao domínio ou propriedade, mas apenas ao de protecção e de jurisdição[1245]. Daqui decorria que o príncipe não podia ofender os direitos, nomeadamente patrimoniais, dos súbditos, quer por decisão individual (rescrito), quer por lei geral[1246]. As próprias concessões régias – nomeadamente, de bens da coroa – participavam desta inviolabilidade, segundo a doutrina dominante[1247]. Este último particular virá a ter importância nos finais do Antigo Regime, quando se vier a discutir a

---

[1241] Melo Freire, *Institutiones iuris civilis [...]*, cit., III, tit. 3, § 10.

[1242] Eusébio de Queirós, Ministro da Justiça, desejava adoptar como Código Civil do Brasil esta obra de Correia Teles.

[1243] M. A. Coelho da Rocha, *Instituições [...]*, cit., II, § 409, p. 325).

[1244] Cf. Domingos Antunes Portugal, *Tractatus de donationibuas regiis juribus & bonorum regiae coronae*, Ulysipone, 1673, Liv. 2, cap. II, 27-29.

[1245] Cf. D. A. Portugal, *De donationibus* [...], II, c. II, 27-30 ("non est enim Princeps dominus bonorum subditorum", 27; "Principum nullum jus hebere in bonis subditorum, nisi respectu superioritatis, & jurisdictionis, longe verior est", 29. No entanto, Gabriel Pereira de Castro, no seu *Tractatus de manu regia*, Olyssipone 1622-1625 (ed. cons. Lugduni, 1673) atribui ao príncipe um "absolutum & universale dominium" sobre todas as coisas temporais existentes nos limites do seu reino, domínio adquirido por direito de conquista; o qual, segundo o A., não excluiria o domínio absoluto dos particulares sobre as suas coisas adquiridas por contrato; o que, na prática, quase coincide com a opinião de Portugal. Cf. ainda, ibid., c. 67, § 10.

[1246] Cf. Domingos A. Portugal, *De donationibus* [...], cit., n. 19; Manuel Álvares Pegas, *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*l, Ulysipone 1669-1703, tom. 11, p. 507/8 ("Princeps non potest testamentis, vel contractibus privatorum derrogare, nec eorum leges conditiones tollere, nec mutare [...] dominium privatum a principi tolli non potest, nisi ex causae Reipublicae".

[1247] V., por todos, Domingos A. Portugal, *De donationibus*, p. 2, c. 11, n. 54 a 56 (são irrevogáveis os privilégios concedidos a título oneroso, pelo menos na porte equivalente à contraprestação, a os *ob benemerita* ou remuneratórios; esta doutrina é a comum, v., também, Manuel A. Pegas, *Commentaria*,, t. 8, ad. Ord. 2,3,pr.,gl. 2, n. 26 a 28).

lição dos forais[1248] e a questão das indemnizações devidas por causa ı. A monarquia corporativa de Antigo Regime caracterizava-se, assim, ıo um "Estado de Direitos" (*Rechtsbewährunkstaat*), em que os direi- dos particulares estavam judicialmente protegidos, no âmbito da juris- ío comum[1249], mesmo contra a coroa, actuando como tal, e não apenas ıo um particular[1250]. Apenas a *salus Reipublicae* ou *summa utilitas pu- a* podiam justificar a violação destas imunidades e direitos[1251], mesmo m com obrigação de indemnizar[1252]

Com o advento do Estado iluminista – dominado pelo *pathos* regula- ıtador e providencialista da "boa polícia" – esta garantia doe direitos particulares vacila. O Estado deve ser "político" – *i.e*, deve cuidar da organização de "polis"; e isto exige uma atitude activa que não as ıpadece com o respeito dos direitos adquiridos, os quais consubstancia- ı a ordem anterior que se queria modificar[1253]. Uma vez que, dada a ərgente concepção de que a propriedade só pode ter como limite a pro- dade, a doutrine iluminista vai ressuscitar e glosar a ideia de que ao ıcipe cabe um *dominium* (uma propriedade) pleno a universal sobre os s dos súbditos[1254], domínio do qual decorreria a legitimidade das res- ões de direito público ao direito de propriedade. Na verdade, muitas

---

1248 Sobre a "questão dos forais", cf., adiante, p. 252.

1249 Eventualmente, a cargo de um magistrado especial, o Juiz dos Feitos da Coroa.

1250 Descrição muito impressiva em Domingos A. Portugal, *De donationibus [...]*, , c. 11, *maxime*, n.° 8-11, 20 (contratos com a coroa); n.° 54 ss. (privilégios); n.° 61 tratos entre particulares e testamentos); n.° 67 (propriedade). Cf., também, Manuel A. ıs, *Commentaria [...]*, tom. 9, ad *Ord. fil.*, 2,28, gl. 1, n.° 51; ns. 107-109 (privilégios o súbditos); c. 13, n. 111 ss., *maxime*, n.° 117 (ofícios); c. 18, n.° 34 (perdão de crimes perdão de parte).

1251 Cf. Domingos A. Portugal, *De donationibus [...]*, p. 2, c. 11, n.° 26: uma əssidade evidente e grave, não bastando a mera conveniência do fisco

1252 Cf. Domingos A. Portugal, *De donationibus [...]*, p. 2, c. 11, n.° 20. Cf. ainda . *fil.*, IV, 11 ("Que ninguém seja constrangido a vender seu herdamento, e coisas que · contra sua vontade".

1253 Cf., antes, cap. 7.1.3.

1254 Cf. *Deducção chronologica [...]*, p. 1, d.12, note ao § 592. Melo Freire, *tutiones iuris civilis [...]*, *cit.*, *IICIV*, III, t. 2, § III ("princeps, cum dominium eminens imperium (quod vocabulum non tam invidiosum est) in civium bona habet..."); cf. ɔém, Manuel de Almeida e Sousa (Lobão), *Notas [...] a Melo [...]*, cit., III, 2, 1, n. 2, *scurso juridico, historico e critico sobre os direitos dominicaes*, Lisboa, Impr. Regia,), § 6 e 7. As fontes doutrinais de apoio eram, em geral, os autores jus racionalistas ıtados como compêndio nos estudos jurídicos de Coimbra (Heineccius, Coccejus e ini).

destas restrições já vinham do período anterior, umas fazendo parte d
regulamentação dos forais e das posturas locais (proibição ou obrigação d
tapagem dos prédios ou de efectuar certas culturas) ou dos regimentos co
porativos. Porém, um corpo de novas regulamentações estava a ser agor
constituído, nomeadamente pela legislação económica e agrária do despo
tismo iluminado[1255]. A teoria do domínio público eminente era, portanto
a cobertura dogmática de um novo projecto de limitação dos direitos d
proprietários, limitação que a teoria, agora, só podia explicar pela conco
rência de uma outra propriedade, esta eminente, cujo titular era o soberan

É contra este projecto invasivo da propriedade particular que reage
doutrina fisiocrática e, depois, a do primeiro liberalismo.

Criticando a ideia de Bentham de que não há direitos originários[125
mas apenas dependentes da concessão da lei, Ramón Salas é enfático
defesa da propriedade como um direito natural, situado acima da lei
inderrogável por esta.

> "Como todo, e qualquer capital é o resultado de um trabalho actu
> ou continuado, sem exceptuar a mesma terra, cada um deve ser *tão* livre
> dispor dos seus capitais como de sua pessoa, e de seu trabalho; e a lei, q
> prescreve um modo de os empregar, ou impede, que se tirem deles todos
> benefícios, e vantagens possíveis, é um atentado contra a liberdade indi
> dual [...] Com efeito, o homem sem a lei seria proprietário de sua pessoa
> poderia dispor dela: e esta faculdade é uma consequência necessária da s
> organização, ou da sua natureza; pois que não se poderia conservar, sen
> pudesse fazer uso da sua pessoa. Ora, se ele tem a propriedade da sua p
> soa, tem também a propriedade do seu trabalho; e se tem a propriedade
> seu trabalho, segue-se, que tão pouco se lhe pode negar a dos produ
> destes trabalhos. Eis aqui pois a propriedade anterior à Lei; e a qual! p
> mui bem chamar-se natural; pois que é uma consequência necessária
> nossa natureza, ou da nossa organização" (Salas, 58, 86-7).
>
> "É certo – prossegue Salas, abordando agora, na sua versão m
> minimalista, a questão da garantia do Estado –, que esta propriedade sem
> leis, e sem a força pública, que a proteja, é pouco segura; porém, a se
> rança é somente um modo, uma circunstância, sem a qual a propried
> pode, contudo, existir mesmo no estado social [...] Parece-me pois,

---

[1255] Exemplos em Porphyrio Hermiterio de Carvalho, *Primeiras linhas de dir agrario deste Reino*, Lisboa, 1815; V. também, Manuel Fernandes Thomaz, *Report geral ou indice alphabetico das leis estravagantes*, Lisboa, 1853 (2ª ed.), s. v. "Agri tura", "Commercio", "Industria", "Fabricas", etc..

[1256] Cf., sobre esta questão, antes, cap. 8.6.3.

> seguintes. 1ª. Não se há-de negar que se podem proibir como prejudiciais certas indústrias [...] cujos produtos sejam naturalmente perniciosos e cujas operações tragam consigo perigo iminente. Mas estas proibições devem ser muito limitadas [...]. 2ª. Seria igualmente um abuso do poder limitar o número de pessoas a quem se permita certa industria. 3ª. Também o poder supremo sai dos limites do seu cargo de protector quando se atribuem monopólios, ou se reservam exclusivamente certas espécies de explorações, ou o Estado vende por si mesmo o tabaco, o sal, o salitre ou qualquer outro produto natural ou manufacturado. 4ª. Enfim, há-de cuidar-se de não impor entraves à indústria, seja com leis fiscais, seja com impostos indirectos, pois ainda que estes não recaiam de momento senão sobre os consumidores, pois sempre refluem afinal sobre la indústria".

Era claro que qualquer limitação ao uso das coisas era ilegítima, fosse o invasor um particular ou o Estado. Mas, dada a função reguladora deste último, tinham que lhe ser autorizados certos direitos neste campo, embora com a parcimónia que os princípios exigiam.

Finalmente, ao Estado competia estabelecer as molduras externas de que dependia o funcionamento das regras do mercado: "A autoridade pública tem certamente algumas funções a cumprir relativamente à indústria para assegurar a boa fé dos contratos, pois deve determinar os pesos e medidas, declarar o valor das moedas, rectificar os metais preciosos, cujo reconhecimento seria impossível se feito pelo maior número dos compradores, e enfim manter tribunais a cujo cargo esteja compensar as falências que se verifiquem e reprimir as fraudes. Porém, se passar disto, já está a despojar a indústria da sua independência e garantias, a entorpecer o seu movimento, a retardar os seus progressos, e a deter o curso da actividade e prosperidade gerais"[1263]

> Um interessante exemplo das limitações que a conjuntura dogmática garantista da propriedade, herdada do período pré-iluminista, punha ao intervencionismo do Estado é o da reconstrução de Lisboa, após o terramoto de 1755. Medidas de cadastro, de proibição de construir antes do aprontamento do novo plano urbanístico, obrigatoriedade de construir e de obedecer à nova planificação, congelamento das rendas e pensões, vendas e trocas forçadas, concessão de benefícios hipotecários dotados de preferência aos capitalistas que financiassem a reconstrução[1264].

[1263] *Ibid.*, I, 77.

[1264] Cf., uma análise sintética em Rui Marcos, "A legislação pombalina", *Bol. Fac. Dir. Coimbra*, Supl. 33 (1990) 247 ss..

Outro exemplo, menos conjuntural, foi o da questão da abolição dos forais.

Podia pensar-se que a abolição dos forais (e direitos dominicais ou banais) se inseria inequivocamente numa estratégia de defesa dos direitos dos proprietários gravados por eles, tendente a "absolutizar" a sua propriedade. Mas, como os direitos dos senhores também se integravam na sua propriedade e, por isso, eram igualmente abrangidos pela garantia desta, o Estado estava na situação paradoxal de ofender a propriedade de uns para defender a propriedade de outros (desta vez a propriedade dos donos de terras sujeitos ao pagamento daqueles direitos).

> Para evitar este paradoxo, mesmo os que defendiam a posição reformista não questionavam a propriedade dos senhores. Toda a estratégia de Manuel Fernandes Thomaz no seu escrito *Observações sobre o discurso que escreveu Manuel d'Almeida e Sousa em favor dos direitos dominicais da coroa. Donatários e particulares* (Coimbra, 1814) – panfleto destinado a defender juridicamente a abolição e redução doe forais –, era a de, não atacando a legitimidade e justiça dos direitos dos donatários que estivessem claramente provados por título suficiente, arguir de abusivas e usurpadoras dos direitos do Estado as exacções feudais não comprovadas por documento bastante. Por isso, na polémica aberta pela CR de 7.3.1810[1265] – que prometia a limitação ou mesmo a abolição dos forais – a questão mais discutida não foi a da vantagem económica ou da possibilidade jurídica destas medidas reformadoras, mas apenas a questão de saber se os títulos invocados pelos donatários eram suficientes para provar os seus direitos. A questão do justo título, à volta da qual gira a polémica Almeida e Sousa (Lobão)-Fernandes Thomaz[1266] não incide sequer sobre a legitimidade de violar os direitos de propriedade dos senhores, mas apenas sobre a distinção dos casos em que existe uma autêntica propriedade daqueles em que existe apenas uma aparência (ou "abuso"), fundada em títulos insuficientes. Que

---

[1265] Sobre a origem e discussão, na junta de regência, da CL de 7.3.1810, v. as interessantíssimas "Memórias sobre as coisas mais notáveis que se trataram nas conferências do governo destes reinos", de Ricardo Raimundo Nogueira (BNL, cods. 6848-6851). Existe na Torre do Tombo um fundo documental complementar.

[1266] Cf. Almeida e Sousa (Lobão), *Discurso [...] sobre os direitos dominicaes*, cit. (resposta a umas *Advertências de um curioso em favor dos lavradores que foram vexados e opprimidos com títulos falsos e tombos nullos ou com pretensões além dos títulos legítimos*); Manuel Fernandes Thomaz, *Observações sobre o discurso que escreveu Manoel d'Almeida e Sousa [...]*, cit.; Almeida e Sousa (Lobão), – *Discurso sobre a reforma dos foraes por Manuel de Almeida e Sousa, de Almeida e Sousa (Lobão) em virtude da carta regia, datada no Rio de Janeiro em 7 de Março de 1810 [...]*, Lisboa, 1812.

não era a questão da propriedade dos senhores que estava em causa mostra-o ainda o facto de a questão das indemnizações dos senhores constituir um elemento central e decisivo. No Conselho de Regência, a principal oposição à execução da *Carta* Régia foi protagonizada por Ricardo Raimundo Nogueira, que se agarrava à ideia de que a abolição ou remissão dos forais não podia ser feita sem indemnização[1267], ponto de vista que embrulhou os trabalhos da comissão criada para este assunto[1268].

Só mais tarde, durante o período revolucionário, é que se opta pela abolição sem expropriação, sobretudo com base no argumento de que as prestações forais não eram de natureza dominial, protegida pela garantia da propriedade, mas fiscal e, portanto, dependente da exclusiva vontade do Estado. E, assim, os direitos banais e servidões pessoais são abolidos pelo D. de 5.4.1821[1269]. Os forais são parcialmente abolidos pela CL. de

---

[1267] Cf. o seu voto na sessão da Junta de Governo de 23.1.1811 (BNL, cod. 7207/34, cuja argumentação é reforçada na sua informação sobre os negócios da Fazenda de 1811, cod. 7027/17.

[1268] cf. BNL Ms. BNL, 205, n.° 267 e ANTT, Desembargo do Paço, Corte, Estremadura, Ilhas, Comuns; Mç. 1530, n.° 16; sobre o trabalho desta comissão, v. o Relatório das Confirmações Gerais, de 25.9.1826, AHP, cx. 252, doc. 15.

[1269] "As Cortes Gerais [...] desejando libertar os Povos das opressões, que lhes resultam, já de Serviços pessoais, já dos Direitos chamados Banais, que formam Privilégios exclusivos contrários à liberdade dos Cidadãos, e ao aumento da Agricultura, e Industria destes Reinos, que sem emulação, e franqueza nunca podem melhorar, nem aperfeiçoar-se, Decretam o seguinte: Artigo 1.' Todos as Serviços pessoais feitos pela propria pessoa, ou com animais, fundado, em Foral, Graça Regia, Passe Imemorial, ou qualquer outro Titulo de Direito Censual, Dominical, e ainda Enfitêutico, ficam extintos. Nesta disposição não compreendem os Serviços dos Cabeceiros, nem os dos Foreiros, que são obrigados a levar os foros a casa dos Senhorios. Art. 2.' Ficam pela mesma forma extintos todos as DIreitos chamados Banais, que são os de Fornos, Moinhos, e Lagares de toda a qualidade; e igualmente os Privilégios exclusivos do Boticas, Estalagens [...]; Art. 3.' Ficam tambem extintas todas as obrigações, e prestações consistentes em frutos, dinheiro, aves, ou corazis, Impostas aos Habitantes, de qualquer povoação, ou distrito, a favor de algum Senhorio, pelo simples facto do viverem naquela Terra, por terem nela Casa, ou Eira, per casarem, par irem buscar agua às fontes, públicas, ou a ela, levarem seus Gados, par acenderem fogo, par terem animais [...], E bem assim quaisquer Privilégios graciosos, que obstem à livre navegação dos Rios caudais, e navegáveis, cessando logo as Direitos, que por Isso se pagavam. Art. 4.' – O Privilegio chamado do Relego, pelo qual a Coroa, Donatários dela, ou quaisquer outros agraciados, tinham a venda exclusiva dos Vinhos em certos meses do ano [...]; Art. 5.' Ficam também suprimidos os Privilégios exclusivos, que se tem estabelecido em algumas Cidades, e Vilas, pelos quais nenhuma pessoa pode vender outros frutos, ou líquidos, senão os produzidos nos seus próprios Termos, em quanto os houver". Apro-

10.6.1822[1270], por excessivamente opressivos da agricultura e de regulamentação confusa. Embora esta lei tenha sido revogada (provisoriamente, dada a memória da CL de 7.3.1810), pelo Alv. 5.6.1824, os forais são definitivamente abolidos pela *Carta Const.* 1826[1271].

Ao mesmo tempo, a doutrina ia recuperando, em termos novos, a velha ideia de que o domínio tinha limitações, pois estava sujeito tanto ás leis da sociedade natural e política[1272] como aos pactos estabelecidos entre os particulares, devendo o proprietário conformar-se com elas no uso das suas coisas[1273].

15.2.3.4. *Alargando o espaço da propriedade particular. A alienação de bens da coroa e a extinção dos direitos banais e de foral*

Quem ler a literatura económica política dos inícios do liberalismo não deixará de notar o tópico da indisponibilidade de uma enorme massa de terras do Reino, ou porque estavam amortizadas, ou por, sendo da Coroa do Reino, não podiam entrar no mercado fundiário.

---

vado nas Cortes em 20 do Março do 1821. Não é expressamente revogado pelo Alv. 5.6.1824, em que são declaradas nulas e de nenhum efeito os decretos e leis das Cortes.

1270 Que confirma o Dec. das Cortes, de 5.6.1822.

1271 Sobre a abolição dos forais, Monteiro, Nuno Gonçalo, *Lavradores, frades e forais: revolução liberal e regime senhorial na Comarca de Alcobaça (1820-1824)*, [S.l.], ISCTE, 1985, Sep. da rev. *Ler História*, 1985; Id., *Revolução liberal e regime senhorial: a "questão dos forais" na conjuntura vintista*, Coimbra, Fac. de Letras da Universidade de Coimbra. Inst. de História Económica e Social, 1988.

1272 Como no caso dos bens dos morgados, dos bens dotais, dos bens enfitêuticos sem autorização do senhorio (*Ord. fil.*, 4,38), dos bens da bínuba quinquagenária com filhos do primeiro matrimónio (*Ord. fil.*, 4, 105), dos bens das viúvas gastadeiras (*Ord. fil.*, 4, 107), dos menores sem anuência dos pais ou tutores (*Ord. fil.*, 1, 88, § 26-28). Outros limites provinham do interesse público, embora este entendido com toda a moderação, como se dirá. É o caso da expropriação por utilidade pública (*Cod. civ.*, art. 145, § 21; L. 17.4.1838); da obrigatoriedade de observar as leis de polícia sobre edifícios, valas, etc.. (cf. M. A. Coelho da Rocha, *Instituições [...]*, II, § 404).

1273 "Tamen dominium legibus societatis est subjectum, et earum praescriptum dominus re uti debet; quin propterea illud aut amittere, aut minus plenum habere videatur; itaque effectus ex dominio resultantes, et libera rei utendi facultas aliquando legibus generalibus, aliquando ipsa partium conventione restringetur" (Melo Freire, *Institutiones iuris civilis [...]*, cit. 3,2,3). Cf., sobre os limites ao uso das coisas, Manuel Borges Carneiro, *Direito civil [...]*, II, tit. 1, § 13, p. 40 ss..

A partir dos finais do séc. XVIII que se começa a assistir a uma venda de bens da coroa. Não se trata, porém, ainda de sinais de uma política nova, mas antes da prossecução de um expediente financeiro tradicional de ocorrer aos défices da fazenda real com vendas de bens fiscais da coroa, incluindo ofícios[1274].

A obra reformadora de Mousinho da Silveira orienta-se justamente para esta criação de um mercado livre da terra e dos seus produtos.

Embora não possamos tomar à letra as intenções dos preâmbulos legislativos, é significativo que Mousinho da Silveira justifique a extinção dos dízimos com a necessidade de viabilizar um mercado em que os preços dos bens da terra, aliviados de encargos, fossem concorrentes: "levei ao conhecimento de Vossa Majestade Imperial várias medidas, nas quais me tenho proposto a fazer mudar inteiramente o espírito do nossas Leis económicas, a fim de nos habilitar a vender aos mercados gerais os géneros, que no antigo Sistema só podíamos vender a escravos, ou a Nações, que nos faziam pagar bem caros os favores do nos comprar, o que nos puseram elas mesmas dentro de suas regras gerais". Uma destas medidas era justamente a da abolição dos dízimos, classificada como um dos "meios de obter que seja possível trabalhar, e viver vendendo os frutos do trabalho, a que nos chama a natureza das coisas". A justificação da medida desdobra-se em vários argumentos: a desigualdade do imposto, que só caía sobre os lavradores, os impedimentos que ele punha a uma exploração rentável da propriedade por parte dos lavradores, a artificialidade que causava nos preço[1275].

O relatório do D. 13.8.1832[1276] que extingue a categoria de bens da

---

[1274] Assim, o D. 20.9.1762 manda vender os bens de coroa pare ocorrer às despesas da guerra; do novo, em 7.8.1798 a em 16.3.1799, determina-se a venda dos bens pertencentes às comendas das Três Ordens e dos administrados pela Fazenda, a pagar com apolices da dívida pública (Av. de 29.5.1799). Ao mesmo tempo, com o mesmo fim de fomentar a venda dos títulos do Tesouro, permite-se excepcionalmente a remissão doe foros e jugadas (cf., ainda, Av. do 29.5.1799), vendem-se prédios urbanos e rústicos de coroa (D. de do 24.1.1801; Av. 30.1.1801), vendem-se lezírias, censos e foros (D. 21.11.1812; D. 6.4.1813). Fosse qual fosse a intenção, estas medidas alargaram o mercado da terra, ou tornando-a alodial ou reunindo no senhorio útil os dois domínios enfitêuticos, pela remissão dos foros.

[1275] Cf. preâmbulo do D. 30.7.1832, CDR, 2ª série, p.184.

[1276] Há medidas pontuais anteriores de venda de bens nacionais: a Cl. De 24.2.1823 manda vendê-los em lotes, para amortização das apólices da dívida pública. O D. de 22.9.1830 determina igual medida que, todavia, não podia ter execução antes da ocupação efectiva do país pelos liberais.

coroa, com o seu regime especial de concessão e sucessão, insiste no mesmo desígnio:

> "Não é minha tenção arrancar a Propriedade a pessoa alguma, e as Leis de V.M.I. não consentem semelhante violência. Por isso, o Decreto que vos proponho tem duas sentenças gerais: a 1ª é aumentar a massa dos bens alodiais; a 2ª é acabar a natureza dos Bens destinados a tolher o nascimento da elevação moral, salvos os direitos adquiridos, e entendidos segundo as Leis anteriores: aos Povos fica tudo quanto pagavam de tributos parciais impostos nos Forais; aos Donatários, ficam os Bens, como próprios, quando esses bens não provenham de Contribuições dos Povos, dos quais nenhum indivíduo pode ser proprietário; a Nação, tomada colectivamente, não aumento o seu património em Terras, antes aliena a Faculdade, que tinha na Lei mental para as recuperar, quando alienadas por doações [...]; mas a Nação, tomada do ponto de vista dos interesses individuais, adquire muito. Nenhuma Lei pode ser mais generosa, porque o seu espírito é repartir riqueza, e aumentar a fortuna geral, emancipando a terra, e reduzindo-a a ter indivíduos por senhores, que ou cultivam, ou alienam. Sem Terra livre em vão se invoca a liberdade política; esta liberdade, sendo a faculdade de usar do seu direito, e incapacidade de abusar do direito alheio [...] Fazer o maior bem do maior número, aumentar os meios de trabalho, diminuir os ociosos, fazer povoar o reino, plantar árvores, cultivar campos, e sobretudo fazer justiça, são os meios que V.M.I. emprega, e que o Povo de Portugal não pode deixar de bem dizer"[1277-1278].

De novo, tópicos, já conhecidos, centrados na defesa da propriedade, não excluída sequer a dos antigos donatários, que apenas é desconsiderada na medida em que for considerada como abusiva[1279].

[1277] Cf. CDR, 2ª série, pp190-191.

[1278] Este decreto é completado e esclarecido pela CL. 22.6.1846.

[1279] O D. de 12.4.1833 manda venderem hasta públicas, nos Açores, os bens agora nacionais, admitindo uma parte do pagamento (1/3) em títulos do tesouro. A CL. de 15.4.1835, já posterior aos decretos de desamortização de 1834 (D. 28.5.1834, ordens religiosas; D. de 14.7.1834, ordens militares), alarga a providência a todos o reino, abrangendo "todos os bens de raiz Nacionais, de qualquer natureza que sejam" (propriedade, foros, censos, pensões perpétuas e em vidas) de várias instituições (Patriarcal, Casa do Infantado e das Rainhas, congregações religiosas, capelas da Coroa, fábricas nacionais), tramitando-se a venda pelo Tribunal do Tesouro Público (D. 7.4.1834). Os bens da Universidade de Coimbra são incorporados nos bens nacionais pelo D. de 5.5.1835 e parcialmente mandados vender (CL. 23.5.1848; Instr. 29.5.1848).

Dos direitos banais e dos forais, cuja abolição prosseguia o mesmo objectivo de alargar o mercado da erra e dos seus produtos, já antes[1280] se falou.

Claro que esta promoção da consolidação da propriedade plena, por meio da possibilidade de remir os foros, censos ou encargos, teria que ser levada a cabo também em relação às terras cujos senhorios directos fossem particulares. E, de facto, em 18.3.1799, foi aprovado com emendas pelo ministério um projecto de alvará permitindo a remissão de encargos pios, foros, direitos dominicais, censos, quartos, oitavos e outras quaisquer rações ou pensões pagas à Igreja, ordens religiosas, mosteiros e corpos de mão morta. Também, aqui, o objectivo era principalmente o alívio da dívida pública, já que a Coroa obrigaria os antigos titulares dos foros e encargos a investir o produto da venda forçada em títulos do Tesouro[1281].

Uma outra forma de alargar o espaço da propriedade privada foi a desamortização[1282]. Apesar da Ordenação que expressamente o proibia (*Ord. fil.*, 2, 18), o domínio fundiário da igreja era muito importante. Como a Igreja e as instituições eclesiásticas eram perpétuas, os bens que adquiriam morriam para o comércio (amortizavam-se). Se até ao séc. XVIII, os inconvenientes que nisto se viam eram sobretudo os de ordem fiscal, a partir de agora a estes acrescem os que a nova economia política identifica a este propósito, nomeadamente o da restrição do mercado sobre a terra. Isto – juntamente com considerações políticas conjunturais que os contemporâneos explicaram muito bem – explica a decisão com que, logo em 1834, se extingam todos os conventos, mosteiros, hospícios e quaisquer casas de religiosos das ordens regulares, incorporando os seus bens nos bens próprios nacionais (D. 28.5.1834; CL. 30.4.1835).

15.2.3.5. *A redução das formas imperfeitas de propriedade*

A própria natureza das coisas, se permitia a limitação convencional da propriedade, já impedia a privação do proprietário do direito de excluir

[1280] Cf. cap. 15.2.3.3.

[1281] O processo está no ANTT, Ministério do Reino, Mç. 356.

[1282] V. António Martins da Silva, *Desamortização e venda dos bens nacionais em Portugal na primeira metade do século XIX*, Coimbra: [s.n.], 1989, Tese de doutoramento em História, apresentada à Fac. de Letras da Univ. de Coimbra; Luis Espinha da Silveira, *Revolução liberal e propriedade: a venda dos bens nacionais no distrito de Évora (1834-1852)*, Lisboa, [s.n.], 1988. Tese de doutoramento em História apresentada à Fac. de Ciências Sociais e Humanas da Univ. Nova de Lisboa.

outrem da propriedade das suas coisas[1283]. E isto passava a ser entendido mesmo em relação àquelas intromissões que o direito comum permitia, como os direitos de caça, de passagem (mesmo sem servidão constituída) em terra murada valada ou em campo aberto cultivado[1284], ou de pastoreio, mesmo que o pasto não fosse de cultivo e mesmo que os frutos do prédio já estivessem colhidos[1285]. Este princípio não prejudicava os direitos consuetudinários aos pastos comuns, como existiam em muitos concelhos[1286]; embora um alv. de 27.11.1804 já os tivesse restringido aos "distritos em que está em uso o direito chamado de pastos comuns"[1287].

[1283] "Quod vero dominii effectus expressa partium conventione possint restringi, illius natura postulares omnino videtur. Illud tantum hac in re moneo, quod scilicet jus illud, quod domino competit, alios usi suae rei excluidendi adimi nulla lege potest; naturam quippe et essentiam domini ingreditur" (Melo Freire, *Institutiones iuris civilis [...]*, cit., 3,2,3).

[1284] Manuel Borges Carneiro, *Direito civil [...]*, II, § 17, p. 57. Sobre os especiais direitos de passo de gado, chamados *canadas*, cf. Manuel Borges Carneiro, *Direito civil [...]*, II, t. V, § 29, p. 89.

[1285] Manuel Borges Carneiro, *Direito civil [...]*, II, t. V, § 25, p. 79.

[1286] "Por costume imemorial em muitos concelhos deste reino os pastos dos campos, mesmo dos donos particulares, depois de colhidos os frutos, são comuns entre os moradores do Concelho: o dono de um prédio não pode excluir os outros; e à Câmara é permitido arrendar, ou vender estes pastos [...] e não é permitido a cada um lavrar e valar-se em prejuízo dos vizinhos (Manuel Borges Carneiro, *Direito civil de Portugal*, II, t. V, §25, p. 81).

[1287] Tendo ainda permitido (ainda que limitadamente) o fechamento dos campos, na Beira e Alentejo, mesmo nos concelhos em que estivessem em uso Manuel Borges Carneiro, *Direito civil de Portugal*, , II, V, p. 81) Também muita da doutrina era favorável à divisão dos bens comuns concelhios (cf. Thomaz António de Villanova Portugal, "Sobre a cultura dos terrenos baldios que há no termo da Villa de Ourém", em *Memorias económicas da Academia Real das Sciencias*, II, 419; Manuel de Almeida e Sousa (Lobão), *Notas [...] a Melo [...]*, cit., I, t. 7, § 6; e Id., *Discurso sobre a reforma dos foraes*, Lisboa, 1825, §§ 48-50; cf. ainda M. A. Coelho da Rocha, *Instituições [...]*, II, § 471. Já Almeida e Sousa (Lobão), sempre desconfiado e negativo em relação à visão liberal das relações sociais é enfático quanto às nefastas consequências da abolição dos pastos comuns: "Privar as populações destas comodidades seria privá-las do seu dote [...], dos meios da sua subsistência. Sem pastos, como pode haver gados? Sem gados como agricultura? Como abundância de carnes, lãs, leite, etc.? Sem estrumes, como pode haver estercos para adubar as terras? Sem estercos produzirão elas em abundância? Sem lenhas, como se pode viver?... Ah! E que desordens não tenho visto! Povos levantados contra poderosos, que por meio de corruptas informações obtêm aforamentos de maninhos com privações daqueles subsídios dos opidanos, os quais assim privados rompem em excessos de desesperação" (Manuel de Almeida e Sousa (Lobão), *Notas [...] a Melo [...]*, cit., III, 53). Ainda sobre o tema, António Cordeiro, *Resoluçoens theojuristicas*, Lisboa 1718, p. 111 (sobre a doutrina

A estreita ligação entre propriedade e vontade, com a consequente aversão à ideia de limitação dos direitos do proprietário, haveria também que ter consequências sobre as formas imperfeitas de propriedade, ou seja (de acordo com a definição do Código civil de 1867, art. 2187), aquelas que consistem na fruição de apenas uma parte dos direitos que integram normalmente a propriedade. Formas destas eram muito comuns no direito das coisas de Antigo Regime, que se caracterizava, justamente, por essa comunidade de direitos sobre a mesma coisa[1288]. Tais eram os casos da enfiteuse, dos censos, do quinhão, do usufruto, da compáscuo e, em geral, das servidões de vária natureza. O Código Civil de 1867 é o primeiro diploma que – depois de algumas medidas já prenunciadores do novo *pathos* proprietário, dos finais do séc. XVIII– toma algumas medidas no sentido de instituir de forma mais geral a regra do carácter absoluto da propriedade. Começa por estabelecer um elenco taxativo das formas imperfeitas de propriedade, não permitindo a constituição de outras figuras de direitos reais. Sendo que, do novo elenco, não constam o censo reservativo, o quinhão e a sub-enfiteuse (art. 2189). Também nas figuras admitidas se introduzem algumas significativas modificações. Assim, na enfiteuse, para além de se acabar com a possibilidade de sub-emprazar, proíbem-se os prazos temporários ou de vidas[1289], pelo que o domínio útil ficava consolidado no foreiro, para sempre (art. 1697)[1290], permite-se a remissão do foro, mesmo

do direito comum); Domingos Nunes de Oliveira, *Discurso juridico, economicos e politico em que se mostra a origem dos pastos que nestes reinos se chamam comuns* [...] Lisboa 1788. Existe, para além disso, muita literatura manuscrita sobre o assunto: Francisco Manuel Trigoso da Aragão Morato sobra "O direito do propriedade no uso dos pastos comuns" (Ms. BNL., 205, n.º 267; cf., do mesmo, a memória impressa em *Memórias económicas [...]*, V, 63-63); José Fernandes de Silva, "Os danos e excessos das tapadas ou novos emprazamentos dos montados, logradouros a pastos comuns", 1808 (A.N.T.T., Ministério do Reino, Mç. 537, n.º 21); José António da Sá, "O domínio directo e pleno do soberano nos campos, baldios a maninhos" (A.N.T.T., Ministério do Reino, Mç. 356, n.º 16); "Notas que dão a conhecer o que são os pastes comuns de Castelo Branco", pelo Corregedor desta cidade (A.N.T.T., Mç. 396); a consulta da Junta de Revisão das Leis de 1823/1824 sobre maninhos (A.N.T.T., Mç. 394, n.º 2).

[1288] Por todos, P. Grossi, *Le situazione reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto*, Padova, 1968.

[1289] De livre nomeação ou de nomeação restrita ("de pacto e providência").Coelho da Rocha, *Instituições [...]*, cit., II, §§ 532 ss.; Nota AA ao § 567, pp. 714.

[1290] A renovação perpétua dos prazos era a doutrina comum do Antigo Regime, baseada numa norma de equidade formulada por Bártolo (a propósito da renovação tácita da concessão pública de águas [D., 43, 20, 1, 44]). A influência fisiocrática reforça-a ainda, pois era uma forma de transformar o foreiro num proprietário praticamente alodial

contra a vontade do senhorio directo (art. 1654), abolem-se os laudémios (art. 1693), bem como quaisquer outros direitos banais. No censo, proíbem-se, para futuro, os censos reservativos (art. 1707)[1291], bem como a figura próxima do quinhão (art. 2190, o compáscuo entre uma universalidade de pessoas e um universalidade de bens (arts, 2264 e 2265) e as servidões de natureza pessoal (*res servit personae*)[1292-1293]. Quanto à compropriedade, também antipática a concepções absolutas do domínio, mantém-se em vigor antigas regras jurídicas sobre o direito de pedir a divisão da coisa[1294] ou velhas acções para acertar as estremas dos prédios (*actio finium regundorum*).

Menos protegida, mas em todo o caso juridicamente relevante, era a posse, como "faculdade natural de deter uma coisa com a intenção de a possuir"[1295]. O mais interessante é, de novo, a insistência no carácter natural (ou seja, anterior ao direito positiva da sociedade política, da posse[1296]. Mas, porque exigia um momento subjectivo, uma intenção, também a posse não podia ser adquirida por menores ou dementes[1297].

(contra, Vicente José Ferreira Cardoso da Costa, *Memoria sobre a avaliação os bens de prazo*, Lisboa, 1802, 30 ss., por entender que esta consolidação do domínio útil iria fazer aumentar o cânon. O que mostra como alguns aspectos do novo conceito de propriedade podiam prejudicar o desenvolvimento de uma agricultura capitalista. Para uma apreciação do regime enfitêutico feita por jurista liberal, v. Coelho da Rocha, *Instituições [...]*, II, Nota X ao § 533, p. 707.

1291 Sobre os censos, Coelho da Rocha, *Instituições [...]*, II, §583; Nota BB a § 583, pp. 717 ss..

1292 As servidões pessoais (*persona servit personae* ou *persona servit rei*) foram sendo abolidas: a servidão doméstica fora abolida em 1771 (Alvs. de 16.1 a 19.9, completados pelos da 16.1.1773 e da 10.3.1800); as servidões pessoais a favor de prédios ou forem abolidas como direitos banais pela lei de 24.7.1846 (retomando a sua extinção em 1824) ou passaram a revestir natureza contratual (v. Coelho da Rocha, *Instituições de direito civil portuguez*, §§ 524 e 587; Manuel de Almeida e Sousa (Lobão), *Notas [...] a Melo [...]*, cit., III, pp. 437, 442/3).

1293 Sobre todas estas figuras, como texto introdutório ao seu regime, Fernando Andrade Pires de Lima e João de Matos Antunes Varela, *Noções fundamentais de direito civil* [...], cit., II, pp. 69 ss..

1294 Cf. M. A. Coelho da Rocha, *Instituições [...]*, II, § 467.(partilha de herança indivisa); *Cód. civ.* 1867, art. 2180.

1295 Melo Freire, 1789, *Institutiones iuris civilis*, 3,2,5.

1296 V. os comentários de Almeida e Sousa (Lobão), m *Notas a Melo*, III, ad 3,2, 1-4, art. II (p. 85).

1297 Cf. Manuel de Almeida e Sousa (Lobão), *Notas [...] a Melo [...]*, cit., III, ad. III, 2,5, n.° 4 (p. 88).

15.2.3.5.1. A abolição da vinculação hereditária da propriedade (morgados e capelas)

Os morgados representavam outra limitação muito importante à instauração de uma propriedade ilimitada. Em França, constituíam-se sob a forma de fideicomissos perpétuos; foram abolidos no período revolucionário, mas restabelecidos por Napoleão, em 1806. Sendo bens vinculados a uma família, o seu detentor actual era tido apenas como um administrador, sem poder de disposição plena do casco dos bens e sem possibilidade de designar sucessor[1298]. A abolição dos morgados (e das capelas, sua variante próxima[1299]) estava preparada pela legislação pombalina sobre morgados e capelas[1300]. De facto, ela CL. de 7.9.1769[1301] tomam-se uma série de medidas destinadas a libertar a propriedade vinculada. Embora se continue a reconhecer nos vínculos a garantia de sustento dos grupos sociais que davam lustre à monarquia, insiste-se nos inconvenientes – nomeadamente fiscais – da imobilização destes bens, por isso constituir "um estorvo a quem quer alargar e ampliar as suas terras e fazendas" e por canalizar os rendimentos da terra para classes inactivas, obstando ao re-investimento na agricultura (§ 21). Daí que, mantendo os vínculos mais importantes – aqueles que podiam sustentar a dignidade dos principais servidores da Coroa –, se extingam os diminutos[1302]. Já no período liberal,

---

[1298] M. A. Coelho da Rocha, *Instituições [...]*, II, §, 497, 507 (com esquemas das regras sucessórias); Nota V ao § 499, II, pp. 700 ss..

[1299] M. A. Coelho da Rocha, *Instituições [...]*, § 524.

[1300] Restringida a sua criação pela L. de 9.9.1769: "se se houvessem de cumprir todos os que se acham registados nas Provedorias, não chegaria para isso o rendimento de todas as propriedades do reino; ainda que todos os indivíduos de um e outro sexo fossem presbíteros, apenas bastariam para dizer o infinito número de missas anuais, que dos mesmos constavam: e poder-se-ia avançar com exactidão, que as almas do purgatório eram as senhoras de todos os bens do reino", escreve Coelho da Rocha, assim salientando a dimensão do fenómeno nos meados do séc. XIX (Coelho da Rocha, *Instituições [...]*, cit., II, § 411).

[1301] Cf., sobre esta lei, Luís Cabral de Moncada, "O séc. XVIII na legislação de Pombal", *Bol. Faculdade de Direito de Coimbra*, 9(1925-1926), 167-202.

[1302] A lei proíbe de futuro a instituição de capelas e manda reverter à coroa as de rendimento inferior a 100$000 (na Estremadura, 200$000). A CL de 3.8.1770 alarga esta política aos morgados. A CL de 17.7.78 suspende as medidas de desvinculação, enquanto a questão fosse resolvida pelo Novo Código. Tomás António de Villanova Portugal (*Memórias de litteratura da Academia Real das Sciencias*, III, 460) refere a extinção de muitos vínculos, neste período, embora compensada pela criação de outros.

a extinção dos morgados é encarada com simpatia pelos reformadores liberais, mas apenas se tornará efectiva em 19.5.1863[1303].

15.2.3.6. *A consolidação e certificação do estatuto jurídico das coisas*

A confiança do mercado ficava comprometida, não apenas com a multiplicidade de direitos sobre a mesma coisa, mas também com a volatilidade ou imprecisão das situações jurídicas reais.

Esta volatilidade decorria, por exemplo, de cláusulas que eram usuais nos contratos de compra e venda no período do direito comum e então consideradas honestas[1304], como os pactos de *retro-vendendo*[1305], a espera na fixação do preço (*addcictio in diem*)[1306] ou a *lex commissoria*[1307].

[1303] Entra os juristas da primeira metade de século XIX, favoráveis aos morgados contava-se, sobretudo, Almeida e Sousa (Lobão), autor de um *Tratado prático dos morgados*, Lisboa 1807 (ed. utiliz., 1841): v. cap. II (salvaguarda da base económica da aristocracia, indispensável num Estado monárquico); contrário, M. A. Coelho da Rocha, *Instituições [...]*., II, 702 (nota V) (incompatíveis com as ideias da libar— dada e igualdade dos cidadãos). Cf., uma primeira aproximação, em António Maria Castelo Branco Assis Teixeira, – *Os morgadios da reforma pombalina ao liberalismo*, Lisboa, [s.n.], 1985 [Relatório de mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Outra bibliografia: António do Santíssimo Sacramento Thomaz d'Almeida e Silva Saldanha, *Os vinculos em Portugal*, Lisboa, Imp. Nacional, 1852; *Os vinculos e o pariato hereditario: ligeira tentativa politico-economica, humilde, e respeitosamente offerecida aos Paes da Pátria*, Lisboa, Typ. Commercial, 1857; Alfredo Pimenta, *Vínculos portugueses: catálogo dos registros vinculares feitos em obediência às prescrições da lei de 30 de Julho de 1860, e existentes no Arquivo Nacional da Tôrre do Tombo*, Coimbra, Impr. da Univ., 1932.

[1304] Melo Freire, *Institutiones iuris civilis [...]*, cit. 4, 3,15: pacto de *retro-vendendo* (Of 4,4, in pr.), *addictionis in diem* (Of 4,4, in pr.), *legis commisoriae* (*Ord. fil.*, 4,5,3), pacto de preferência do vendedor ((*Ord. fil.*, 4,11,2), *pactum constituti* (não há Ordenação).

[1305] *I.e.*, que permitiam e re-compra da coisa pelo vendedor, limitando a liberdade do comprador (cf. (*Ord. fil.*, 4,4, in pr.), Melo Freire, *Institutiones iuris civilis [...]*, cit. 4, 3,15; próximo dito estava o pacto de preferência do vendedor numa futura compra da coisa ao comprador (*Ord. fil.*, 4,11,2) (Melo Freire, *Institutiones iuris civilis [...]*, *cit.*, *ibid.*).

[1306] *I.e.*, que impunham um prazo dentro do qual a coisa poderia ser vendido por um preço superior ao convencionado Ord. fil. 4,4, in pr.), Melo Freire, *Institutiones iuris civilis [...]*, cit. 4, 3,15.

[1307] *I.e.*, da rescisão da venda, não sendo pago o preço dentro de certo tempo (*Ord. fil.*, 4,5,3), Melo Freire, *Institutiones iuris civilis [...]*, cit. 4, 3,15.

Nos negócios sobre coisas imóveis, a confusão de direitos, volatilidade e a imprecisão do estatuto da coisa eram ainda mais graves. E, assim, o comércio sobre a terra (a mercantilização da terra) era muito prejudicada pela impossibilidade de um conhecimento fácil – por parte de eventuais compradores ou de credores que desejassem garantir-se com uma hipoteca –, quer dos direitos do proprietário, quer da existência de ónus reais (v.g., propriedades imperfeitas, hipotecas) que gravassem o imóvel. Sem esse conhecimento, a situação jurídica do prédio era sempre incerta e, com ela, o seu valor venal ou de garantia. Daí a importância de um cadastro ou registo predial, de onde constasse a situação jurídica de cada prédio.

Há sinais de que as primeiras tentativas de organização de um cadastro predial datem dos finais do séc. XVIII, conduzidas – como tantas outras reformas na época – por José António de Sá[1308]. Coelho da Rocha, nos meados do século, aborda longamente a questão do registo, sobretudo sob a óptica do registo hipotecário, salientando a importância da instituição, não apenas para uma revitalização da agricultura, mas mesmo para uma reforma económica do país:

> "A reforma bem pensada do sistema hipotecário podia ministrar-nos um recurso económico de grande vantagem nas actuais circunstâncias. Falemos com franqueza: o crédito pessoal entre nós acabou: o Tesouro está em bancarrota permanente: os bancos, e as grandes companhias do comércio ou indústria, umas caíram para se não levantar mais, e outras apenas existem em estado de prostração. Era cada praça custam a encontrar cinco ou seis firmas, de quem se confiem capitais sem susto: e para desvanecer este, aplica-se a crueldade das usuras. Ninguém deixa do reconhecer a solidez e a estabilidade dos bens do raiz: os capitalistas prefeririam antes dar o seu dinheiro sobre hipotecas; são porém detidos pelo risco das fraudes dos devedores [...] Ora o crédito pessoal não é coisa. Que se restabeleça senão pelo decurso de muitos anos: as leis não podem empregar para esse fim senão uma acção lenta e indirecta [...] O caminho seria uma providencia legislativa, – que desse garantias aos credores contra as fraudes dos

---

[1308] Sobre o cadastro predial o as tentativas de uma sua organização nos finais do séc. XVIII (nomeadamente, a de comissão presidida por José António da Sá), v. BNL, cód. 6848, p. 28 ss., e 6489, p. 43, bem como as referências contidas em António José d'Ávila, *Relatório sobre o cadastro*, Lisboa 1848, 85 ss.; aí, também, sobre o interesse do cadastro para a constituição de um mercado capitalista da terra (p. 25). Sobre isto, J.-M. Scholz, "Eigentumstheorie als Strategie der portugiesischen Bourgeoisie von 1850", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 5/6 (1976/1), 373. O códice 8077 da BNL contêm instruções de José António de Sá sobre a organização do cadastro.

devedores por meio da publicidade dos encargos sobre os bens; – que fixasse por uma forma clara e terminante as preferências; – e tornasse as execuções prontas e expeditas"[1309].

Este caminho era o do cadastro. O modelo mais perfeito seria o modelo alemão, vigente na Prússia e na Áustria, em que se registavam todos os actos de aquisição, disposição e de oneração dos prédios, de modo a tirar daí informação, não apenas para fins civis, mas também administrativos e fiscais. Um modelo menos exigente seria o francês, em que apenas se registavam os encargos hipotecários[1310].

Em Portugal, o registo fora estabelecido pelo dec de 26.10.1836, inspirado pelo modelo francês[1311]. Segundo os comentardes da época, o sistema estava mal desenhado e era tanto obscuro como lacunoso. Depois de sucessivos projectos, a CL de 1.7.1863, aperfeiçoou o registo predial criado em 1836, embora o mantivesse restrito aos direitos e encargos – nomeadamente de tipo hipotecário – que onerassem os bens imóveis. Foi, finalmente, o Código civil de 1867, que estabeleceu um sistema completo de registo de todos os actos que modificassem a situação jurídica dos imóveis, bem como de registo da propriedade em si mesma, embora, neste último caso, apenas a título facultativo (art. 949 ss.), adoptando na metrópole um sistema que já estava previsto para as colónias (D. 17.10.1865, art. 10)[1312].

15.2.3.7. *Propriedade e indústria. A propriedade das coisas produzidas por indústria*

Algum autor oitocentista destacou o carácter "eléctrico" que a sociedade moderna estava a adquirir. Referia-se ele à dinâmica do trato social, à presteza dos negócios, à mobilidade das situações. Mas poderia também

---

[1309] M. A. Coelho da Rocha, *Instituições [...]*, II, 731/732.

[1310] Breve descrição e comparação, M. A. Coelho da Rocha, *Instituições [...]*, II, 728 ss..

[1311] Que, de resto, se usava para esclarecer as múltiplas dúvidas suscitadas pela imperfeita legislação portuguesa (M. A. Coelho da Rocha, *Instituições [...]*, II, 506 ss.).

[1312] A natureza apenas facultativa do registo da propriedade justificou-se, quer pela dificuldade de organizar, de um momento para o outro, um sistema geral e cadastro predial, quer pela ideia de que a propriedade seria aparente e geralmente conhecida (cf. José Dias Ferreira, *Cód. civ. C*, nota ao art. 949, § 1, vol. II, 211-212.

referir-se à desmaterialização da riqueza. Esta consistia cada vez menos na propriedade imobiliária e cada vez mais na propriedade de bens mobiliários, na capacidade de modificar as coisas, combinado matérias-primas, eventualmente alheias, com trabalho, também eventualmente de outrem, e indústria.

Esta situação em que o próprio e o alheio se combinam não era estranha ao direito, que sobre ela tinha formulado uma série de regras gerais, no âmbito do instituto da acessão, ou seja, do direito que o dono da coisa tinha de fazer suas os "acessórios, pertences, incrementos, utilidades, frutos e produções, ou estas procedam da natureza (*accessio naturalis*), ou da indústria humana (*industrialis*) ou do concurso de uma e outra (*mixta*)"[1313]. Neste domínio, a regra de ouro era a de que, sendo a propriedade um direito absoluto e expansivo, as coisas incorporavam em si esses ganhos; ou, pondo as coisas de outra forma, que o trabalho ou indústria aplicados nunca legitimavam a apropriação do suporte a que se aplicavam. Ou seja, exemplificando, que o edifício se incorporava nos direitos do proprietário do solo em que foi construído; as sementeiras, na propriedade do terreno em que foram feitas; as benfeitorias ou melhoramentos, na propriedade do dono da coisa melhorada; as obras e trabalhos, nos direitos do dono da matéria prima[1314]. A pré-compreensão do mundo que subjazia a estas soluções era a de um mundo em que o casco dos bens contava mais do que as aplicações industriais. Significativas excepções às referidas regras de direito eram o caso da escrita e da pintura; em que a regra comum se tornara caduca, considerando-se que "o papel cede à escrita" e que "se alguém pinta em tábua alheia [...] em atenção ao primor da arte da pintura, que cede a tábua a esta"[1315].

No novo mundo industrial, a mistura artificial de coisas de proprietários diferentes torna-se mais comum, sendo frequente que dessa cooperações surgissem coisas novas, cuja novidade e valor decorria muito mais da indústria de quem detinha a técnica de combinação dos factores do que dos seus proprietários originais. Na base velhas regras de direito romano – como a que dispunha que nas misturas (como a do vinho e do mel) de que surgem coisas novas, a nova coisa resultante ficando pertencendo a quem fez a mistura; ou que estabelecia que sempre que se faz uma coisa nova com matéria alheia, desde que a coisa não se possa desmanchar, ela fica

---

[1313] Manuel Borges Carneiro, *Direito civil [...]*, cit., II, t. III, § 20, p. 67)

[1314] Cf. Manuel Borges Carneiro, *Direito civil [...]*, II, tit. XI, p. 225 ss..

[1315] Cf. Manuel Borges Carneiro, *Direito civil [...]*, cit., p. 70/71.

pertencendo a quem a fez (especificação)[1316] – desenvolve-se um reconhecimento mais amplo dos direitos do industrial sobre os produtos da sua indústria.

O primeiro destes novos direitos a ser protegido foi o da propriedade literária. No direito comum, o conceito não existe como forma de propriedade. Os direitos do autor à publicação exclusiva da sua obra decorriam, não da propriedade, mas do carácter pessoal do privilégio real de impressão (da concessão da regalia relativa à impressão (*Bücherregal*), pelo que podiam proteger a publicação de obras alheias). Não assim nos modernos direitos, que começam a ser reconhecidos pela legislação das nações cultas; e que, em Portugal, é reconhecido na L. de 12.12.1844, com transmissibilidade aos herdeiros[1317].

15.2.3.8. *O caso especial das relações comerciais e dos comerciantes*

O séc. XIX foi ainda uma época dividida entre uma mundivisão agro-cêntrica (natural) da riqueza e uma percepção nova da economia, baseada na mobilidade e na imaterialidade das mercadorias, algumas delas puramente ficcionais, como o dinheiro ou os produtos financeiros.

A primeira mundivisão apontava para uma concepção fixista do valor, ligada ao carácter objectivo das leis naturais. A segunda, em contrapartida, para uma concepção especulativa desse mesmo valor, feita de sentimentos e estimações artificiais. Não é estranha, neste sentido, a ambivalência da palavra "especulativo", que remete, ao mesmo tempo, para a "irrealidade" ou artificialismo do valor e para as técnicas de ganhar (ou a desventura de perder) com as variações deste valor artificial.

Ora era justamente por se basear em valores artificiais, fugazes, produto de conjecturas, de esperanças ou de temores, que o mundo comercial se tinha que fundar em regras mais apertadas de boa fé e de confiança. Regras que, longe de consistirem em imposições da lei, se tinham que basear numa ética profissional rigorosa, num "domínio de si" corporativamente definido.

Que mundo era este, o do comércio?

[1316] Cf. Manuel Borges Carneiro, *Direito civil [...]*, II, XI, p. 242/3; *Code civil*, arts. 570-571)

[1317] M. A. Coelho da Rocha, *Instituições [...]*, cit., II, § 4021 nota.

Era, antes de mais, o mundo dos comerciantes, ou seja, dos que praticam regular e habitualmente actos de comércio, trabalhando "por se indemnizar das despesas, que adiantam, e auferir algum lucro dos consumidores"[1318]; ou, adoptando a definição do Código Comercial de 1833[1319], que praticam "toda a troca e compra de mercadorias para serem revendidas por grosso ou retalho, em bruto ou trabalhadas, os simplesmente para lhes alugar o uso" (art. 203), fazendo disso a sua profissão[1320]. Tratava-se, portanto, de um mundo de transacções contínuas, encadeadas umas nas outras, todas elas baseadas na mais estrita convencionalidade. Ou seja, num aparente absoluto domínio da vontade. Porém, toda esta convencionalidade e artificialidade fundava-se afinal num sólido casco natural. É que o domínio da vontade constituía a própria natureza, inderrogável e soberana, do comércio.

O comércio era reconhecido, pela antropologia de Antigo Regime, como conatural ao homem, pois se pensava, como Melo Freire, que "nenhuma sociedade civil se pode conceber ou imaginar sem comércio"[1321] [1322]. Neste domínio a regra de ouro da vontade era ainda mais fundamental: "a lei fundamental, inculcada pelos direitos natural, romano e pátrio, é a de que é a vontade dos contraentes que dá a lei e a identidade (*nomen*) aos contratos", de tal modo que a capacidade de contratar aqui se estende a todos, proliferando as sociedades de todos géneros, bem como os tipos de contratos.

O espírito disciplinador típico do Estado de Polícia – que cria poder converter-se num revelador da natureza e reforçar esta com as leis civis – envolveu a actividade comercial numa teia mais espessa de normas. Algu-

---

1318 Cf. José Ferreira Borges, *Diccionario juridico-commercial*, art. "Commerciante".

1319 Da autoria de Ferreira Borges, *Código Comercial* de 18.9.1833 (posto em vigor em 14.1.1834).

1320 A qualidade de comerciante dependia de matrícula (arts. 4 e 11 do Cod. Com. 1833); além de obrigar a ter escrituração comercial, submetia aqueles que lhe pertencessem ao instituto da falência. Assim como os sujeitava ao foro e jurisdição comercial (v., para as últimas décadas do séc. XVIII, v. Rui Marcos, "A legislação pombalina", Bol. Fac. Dir. Coimbra. Supl. 33(1990).

1321 Cf. Melo Freire, *Institutiones iuris civilis [...]*, cit., I, 1,8,1. Sobre o tema, para os contemporâneos, v.g. Filangieri, *La Scienza della legislazione*, [1780-1785], II, 16.

1322 A naturalidade tinha fundado, na época da expansão, a imposição do comércio aos nativos "descobertos".

mas das quais miravam o interesse (fiscal) e outras a riqueza das nações (à maneira mercantilista)[1323].

Porém, outras ainda constituíam como que freios à vontade, para que se pusesse a vontade de acordo com a natureza: "No entanto, para que na prática (comercial) os cidadãos não se desviassem dos justos caminhos, as nossas leis introduziram neste direito permissivo certas regras, fórmulas e limites, as quais ou aclaram a natureza dos contratos e as suas justiça e equidade, ou proíbem promiscuamente a todos ou apenas a certas homens certas práticas comerciais"[1324]. Um outro autor da época explica detalhadamente as finalidades desta actividade reguladora do Estado, explicando como a libertinagem comercial, nomeadamente em matéria de contrabandos, punha em causa a própria ordem comercial: "O Comércio constitui um dos primeiros objectos da felicidade publica, e particular, é evidente, que os seus perturbadores, e de suas utilidades se constituem uns inimigos comuns do Estado, e como tais dignos dos maiores castigos. Tais são os contrabandistas; aqueles homens infames que têm merecido a abjecção e desprezo de todas as Nações civilizadas como inimigos comuns do Erário Real, da Pátria, e do Bem público; homens manifestamente ladrões, que além de roubarem os Direitos Reais das Alfândegas, que têm despacho, defraudam os interesses, que os Comerciantes podem justamente receber do seu comércio; extraem os dinheiros do Reino para os estrangeiros; introduzem fazendas ainda mesmo proibidas que diminuem o consumo das Fábricas do Reino, prejudicando deste modo os Artífices, e Comerciantes; e arruinando o Comércio do Estado"[1325].

Embora a política iluminista tendesse já a libertar o comércio das regulações éticas tradicionais no mundo não comercial, o seu *pathos* disciplinar enredou-o numa pesada regulamentação de tipo mercantilista[1326] que, paradoxalmente, o devia encaminhar para as leis da razão e, logo, da auto-regulação[1327].

O fundamento da auto-regulação era a "honestidade, diligência e confiança absoluta", factores que criavam a previsibilidade, a "isenção de opiniões na comum estimação das coisas", como escreve Almeida e Sousa

---

1323 Cf. Melo Freire, *Institutiones iuris civilis [...]*, cit., I. 1.8, §§ 23-25.

1324 Cf. Melo Freire, *Institutiones iuris civilis [...]*, cit., I. 1.8.5.

1325 Francisco Coelho de S. Sampaio, *Prelecções de direito pátrio* [...], 155/156 nota.

1326 Cf., para Portugal, a criação da junta do Comércio (C.L. 16.12.1756, 19.05.1759, 05.06.1788).

1327 Cf. Francisco Coelho S. Sampaio, *Prelecções de direito pátrio [...]*, I. 153 ss..

(Lobão)[1328]: "o comércio não pode subsistir sem uma mútua fidelidade [...]: é a boa fé indispensável no comércio, Alv. de 29 de Julho de 1758, Alv de 30 de Maio de 1759. Sem ela não pode subsistir sociedade ou comércio algum, Alv. de 16 de Novembro de 1771, no inic.; os verdadeiros e bons negociantes têm a boa fé por útil e sólido fundamento de seus interesses, L. de 16 de Dezembro de 1771, § Attendendo. Em fim, a boa fé e reputação de um verdadeiro negociante deve ser ilibada, isenta de opiniões na comum estimação das gentes, Alvar. de 30 de Outubro 1762.". Esta boa fé, para os próprios comerciantes, excluía a prática de actos dolosos ou culposos, a ocultação ou alienação de bens simulada ou em prejuízo dos credores. Para os juristas e juízes, corporizava-se numa equidade própria do grupo, num conjunto objectivo de regras de agir, a que o juiz se devia remeter nas causas dos comerciantes [1329], de acordo com a qual se afastava dos rigores do direito (*apicibus iuris*) e "dos significados legais e gramaticais das palavras, [tomando-as] naquele sentido em que estão em uso no mundo dos negociantes e segundo o qual aí são entendidas" (ibid., n.° 4). Ou, mais em geral, respeitava o princípio de que "o estilo dos mercadores deve ser tido em atenção, não devendo [os juristas] afastar-se daquilo que é observado e costumado indubitavelmente por eles [...] E os costumes dos mercadores deve ser observados de modo a prevalecer sobre as disposições do direito comum"[1330].

Ou seja, funciona também neste domínio, a ideia de que a governabilidade autónoma pressupunha uma prévia inculcação (eventualmente pelos estritos meios de governo estadual) de uma ética interiorizada, de um governo de si, que adaptasse espontaneamente os comportamentos àquilo que se entendia ser a razão natural e a boa fé em matéria de contratos, tanto mais que esta se desdobrava em numerosas cláusulas contratuais que, sendo geralmente proibidas, nem todas eram, do mesmo modo, naturalmente evidentes – em virtude do seu conteúdo altamente técnico[1331] –

[1328] Manuel de Almeida de Sousa (Lobão), *Notas [...] a Melo*, I, ad I,18, § 4.

[1329] Cf. Manuel de Almeida e Sousa (Lobão), *Notas [...] a Melo [...]*, cit., ibid..

[1330] Manuel de Almeida e Sousa (Lobão), *Notas [...] a Melo [...]*, cit., I, ad I,18,I-3). Sintomas desta auto-regulação era, por exemplo, o carácter de fé semi-pública dado aos livros e escritas dos comerciantes (Melo Freire, *Institutiones iuris civilis [...]*, cit., I, I, 8, § 30; Almeida e Sousa (Lobão), com desenvolvimentos, no respectivo comentário a Melo, ed. util., p. 333, onde se discute se este privilégio deixou de abranger todos os comerciantes, depois da CL 30.08.1770, que institui uma matrícula obrigatória).

[1331] Diziam respeito, por exemplo, à necessidade de escritura pública para contratos de valores elevados (*ibid.*, 6-8), à reafirmação das causas de nulidade contratuais (vícios

carecendo, por isso, de inculcação e aprendizagem, de regulação e obediência.

O caso mais notável de intromissão na deontologia comercial de princípios éticos estranhos à profissão era o da proibição da usura. A usura era o contrato que consistia "em que se pagasse algo pelo uso de coisa, devida a outrem por causa justa, que se calculasse pelo peso, número ou medida"[1332]. As *Ordenações* proibiam-na e condenavam-na como crime (por último, *Ord. fil.*, 4, 67), de acordo com uma tradição que vinha de muito longe e que considerava que, não tendo o dinheiro capacidade natural de gerar dinheiro – ao contrário das vacas ou das cabras –, o exigir um pagamento superior ao casco do capital emprestado constituía um acto que não cabia na natureza das coisas[1333]. Ora, no mundo comercial, cuja a aspiração era justamente a de realizar lucros pelo simples diferimento entre o momento de comprar e o momento de vender, esta proibição da usura parecia, ela sim, ser *contra natura*. Por outro lado, no domínio propriamente comercial, juros mais elevados eram permitidos, nas letras de câmbio, nas cartas de pagamento enviadas das Ilhas ou do Brasil, nas letras protestadas. E o mesmo Melo Freire reconhece a naturalidade do juro nos negócios cambiais, defendendo que, de acordo com a *Lei da Boa Razão*, neste domínio devessem ser admitidas internamente as leis das nações mais cultas civilizadas[1334].

Os comercialistas, esses, são muito mais radicais, tanto mais que os direitos das nações mais cultas e polidas vigorava em Portugal por força da *Lei da Boa Razão* e estes tinham vindo a liberalizar a usura. Daí a nitidez de um comercialista como Ferreira Borges que, no seu *Diccionario*

---

de vontade [dolo, coacção, simulação], desproporção grave das prestações« [lesão enorme, *ibid*, § 11)], imoralidade ou irracionalidade do objecto ou termos do contrato (*ibid.*, § 12], como se se renunciasse a alguma das anteriores causas de rescisão, se convencionasse a não revocabilidade da doação por ingratidão, se convencionasse o pagamento ao advogado numa quota do valor da acção, se proibisse o recurso à arbitragem no caso de litígio superveniente, se pactasse a execução do património do devedor sem citação prévia (cf. lei de 31.05.1774). Desta lista ficava porém, de fora a prisão por dívidas (permitida pelas Ordenações, *Ord. fil.*, 4,76,2, mas que viria a ser abolida pelo Assento de 18.9.1774, embora apenas no caso dos devedores (ou falidos) de boa fé, sem ocultação de bens. Sobre tudo isto, com detalhe, Manuel de Almeida e Sousa (Lobão), *Notas [...] a Melo [...]*, cit., I, ad I, 18,12 (p. 305)

[1332] Melo Freire, *Institutiones iuris civilis [...]*, cit., I, 1, 8, 15)

[1333] Cf. Bartolomé Clavero, *Usura [...]*, cit.; Umberto Santarelli, "La prohibición de la usura, de canon moral a regla jurídica [...]", cit..

[1334] Melo Freire, *Institutiones iuris civilis [...]*, cit., I, 8, 15., § 22 nota.

juridicao-commercial (Lisboa, 1839) considera que "Olhando o dinheiro debaixo das noções de economia política ele é um sinal representativo de valores, um meio de trocas, e por sua matéria fazenda como qualquer outra, cujo uso se pode emprestar [...]". Mas, longe de deduzir daqui, como Pereira e Sousa, no sentido de um preço natural do dinheiro, conclui com a pergunta: "Ora se não taxam os alugueis das coisas – se eles têm alta ou baixa segundo a abundância, a procura, a falta ou e sortimento da coisa alugada, para que fim se taxam os juros, ou como podem eles obedecer à taxa? Esta taxa pois é uma ilusão do legislador. O seu preço seguirá a sorte e flutuação do preço do qualquer outro género ou mercadoria. E demais, passando o domínio da coisa emprestada para o tomador ficando o dador privado do uso da sua coisa; e correndo enfim o risco ou vicissitude da solvabilidade do tomador não valerá isso um preço, e não devera esse preço subir na razão da dilação do retorno da coisa emprestada e do grau do risco que se corre? Daqui já se vê não só a justiça, com que se carrega um preço desta espécie de locação do dinheiro, mas a injustiça com que esse preço se pretende singularmente [i.e., de forma excepcional] taxar". E remata, sarcástico, "Assentaram os legisladores, depois que viram que era inútil proibi-los absolutamente, por-lhe uma taxa para se não exceder; e assim o Alv. 6 Agosto 1757 disse, que a todos é permitido o juro do cinco por cento [...] De que serve este enunciado? De se iludir todos os dias, em todas as transacções"[1335].

15.2.3.9. *O contrato de sociedade*

Também a associação voluntária sempre suscitara, no domínio civil, imensas prevenções, dada a sua assimilação a conjuras, ligas, conventículos, etc.. O contrato de sociedade, mesmo no domínio comercial, também começou por estar sujeito à aprovação régia, como para todos os casos de sociedades ou associações[1336]. Mas Melo Freire, nos finais do séc. XVIII, já animava o príncipe "a instituir novas sociedades destas[1337], ou a susten-

---

[1335] José Ferreira Borges, *Diccionario juridico-commercial [...]*, cit., (v. "Juros", p. 269/270)

[1336] Umberto Santarelli, *Mercanti e società tra mercanti [...]*, cit..

[1337] D. José, de facto, criou a Companhia do Grão Pará (07.06.1775), a de Pernambuco (13.08.1759), a do Alto Douro (10.09.1756), a das sedas de Lisboa (06.08.1757), a das lãs da Covilhã (11.08.1759). Sobre as sociedades, v. Melo Freire, *Institutiones iuris civilis [...]*, cit., 4,3,20. Com desenvolvimento, Marcos, Rui Manuel de Figueiredo

tar com a sua autoridade as já instituídas e a temperar com leis sábias estas mesmas sociedades, para que os cidadãos não as usassem em prejuízo próprio, mas para suas comodidades e para utilidade do comércio"[1338]. Os Códigos comerciais do séc. XIX – nomeadamente, os de 1833 e de 1889[1339] – acabam, em geral [1340] com a necessidade de autorização, embora garantam normas de publicidade da constituição das sociedade e da realização dos actos sociais que garantam a confiança pública. Nos finais do séc. XIX, começam a surgir as sociedades cooperativas. A Carta de lei de 2.6.1867 permite a constituição de cooperativas, declarando que estas teriam, na vida económica, o mesmo alcance da descentralização na vida administrativa)[1341]. A lei de 11.4.1901 introduz mesmo um novo tipo de sociedade – a sociedade por quotas – visando alargar os tipos de sociedades de responsabilidade limitada, ou seja, aquelas em que os sócios não se responsabilizavam senão até ao montante de capital metido na empresa.

15.3. Constituição e sociedade civil

Tudo quanto fica dito acerca da constituição jurídica do mercado aponta para uma ideia que nos parece fundamental para compreender o constitucionalismo oitocentista.

O advento do constitucionalismo encontrou, uma sociedade civil já tendencialmente auto-regulada por princípios a que a nova ordem política nada tinha que acrescentar[1342]. Daí que a gramática fundamental da sociedade civil – do mercado – não tenha suscitado senão aplauso e consagração nas novas constituições liberais. Em Portugal, de resto, ela já estava basicamente vigente, pela incorporação que tinha sido feita, nos termos da *Lei da Boa Razão*, do direito individualista e voluntarista dominante nos

As Companhias Pombalinas: Contributo para a História das Sociedades por Acções em Portugal, Coimbra, Livraria Almedina, 1997.

1338 Melo Freire, *Institutiones iuris civilis [...]*, cit., I, 1,8,26.

1339 Código de Veiga Beirão, de 1.1.1889.

1340 É mantida para os estabelecimentos bancários; na prática, encontra-se aprovações de estatutos de outros tipos de sociedades (cf. v. "Estatutos", em José Justino de Andrade e Silva, *Repertório geral [...]*, cit.).

1341 Cf. Marnoco e Sousa, Marnoco e Sousa, *Lições de economia política*, cit. p. 368; cf. ainda José Frederico Laranjo, *Sociedades cooperativas*, cit.. Cf. ainda art. 207 ss. do Cod. Com 1898.

1342 Cf., antes, cap. 8.6.3.

países mais avançados da Europa. O código da Prússia – que não era, é certo, um modelo de modernidade – é abundantemente citado, mesmo antes de 1820 e o próprio *Code civil* – esse, sim, emblemático da nova sociabilidade económica – tinha-se tornado direito pelo menos subsidiário por efeito da mesma Lei.

Uma breve análise de alguns monumentos doutrinais, em matéria de liberdade de empresa e de propriedade fornecem uma prova abundante do que acaba de ser dito.

Comecemos por um texto paradigmático, as lições de direito público constitucional para as escolas de Espanha, de Ramón Salas[1343], traduzidas para português logo em 1822 e oferecidas pelo seu tradutor[1344] aos representantes da Regenerada Nação Portuguesa. A sua lição mantém-se por muito tempo, ainda merecendo a honra de destacada citação, por parte de Lopes Praça, quando este aborda o tema dos "pontos culminantes de uma constituição"[1345].

Logo no longo prefácio com que o tradutor antecede a obra se destaca a importância decisiva que tem, mais do que a imposição legal de uma nova ordem, a inculcação dessa ordem no espírito dos cidadãos, ou seja, o fomento de "tecnologias de si mesmo" que predisponham os espíritos para a adopção espontânea de uma conduta conforme aos princípios iluminados e liberais da constituição natural da sociedade: "Não nos cansamos em dizê-lo: em coisa alguma deve o novo Governo esmerar-se tanto, ter tanto cuidado, como em propagar as luzes em geral, e as doutrinas liberais em particular. O ponto mais essencial para assegurar todas as reformas importantes, é dispor os ânimos a desejá-las, e adoptá-las: convencendo-os da utilidade delas" (p. XLII).

Dispostos os ânimos para o reconhecimento da ordem natural da sociedade, são todavia necessárias algumas leis civis. Mas estas, longe de anular a liberdade primeira, antes lhe devem dar o maior curso e protecção[1346].

[1343] Ramon Salas (ed. Recente, Salas, r., *Lecciones de derecho público constitucional (1821)*, CEC, Madrid, 1982)

[1344] D. L. L. d'Andrade.

[1345] J. J. Lopes Praça, *Estudos sobre Carta [...]*, I, XXII.

[1346] Sobre a tensão entre liberdade natural e liberdade civil – questão em que Salas é um dos constitucionalistas com uso em Portugal que professa posições mais marcadamente "liberais": "Eu creio, que se poderia dividir a liberdade em originaria, ou natural, e em civil, ou social. A liberdade natural é a faculdade de fazer o que se quer, sem encontrar outros limites senão a força, ou a resistência dos objectos externos, a liberdade civil é

Fica claro que, para Salas, a constituição formal é meramente declarativa dessa ordem material de direitos civis a que temos chamado "mercado". E, portanto, a sua parte nuclear era constituída pela mera declaração desses direitos [1347]. Suplementarmente, a constituição devia conter normas sobre a forma de governo – devendo aqui optar pela que fosse mais económica e menos dispositiva[1348] – e sobre a separação de poderes (p. 11).

Mas igualmente constitucional eram os códigos, enquanto protegiam – e, de facto, protegiam-nos contra os atentados mais permanentes e quotidianos – os direitos fundamentais: "uma Constituição política pode dar aos cidadãos uma garantia directa de suas pessoas contra as arbitrariedades dos agentes do poder; porém não pode do mesmo modo dar-lhe essa garantia contra as ofensas dos particulares[1349]. Boas leis repressivas, executadas prontamente, sem considerações, sem contemplações, nem excepções para com algumas pessoas, eis as garantias mais eficazes, que se podem dar contra esta espécie de atentados, que tanto mais raros serão, quanto mais perfeito for o código penal" (p. 51). Salas cita o código penal, porque se refere aos atentados contra os direitos; mas, de facto, no momento da declaração dos direitos, não menos constitucional era o código civil[1350]. Embora – aqui porventura influenciado directamente tanto pela leitura dos liberais clássicos pela desconfiança de Bentham em relação aos funcionários e governantes – Salas não deixe de insistir ainda no papel que concre-

---

a mesma faculdade limitada, ou moderada pelas Leis, de modo que a liberdade civil é a liberdade natural, menos as porções, cujo sacrifício foi reconhecido necessário pela Lei para obter, e segurar o fim, ou o objecto da associação, que é o *bem-estar*, ou a felicidade comum" (p. 39).

[1347] "Primeiramente, uma boa Constituição publica, deve conter uma declaração dos direitos, que os Cidadãos quiseram reservar-se para si, e aos quais nunca foi sua intenção renunciar, quando trataram de formar uma Sociedade política, e determinar o modo, e condições da sua associação porque quando se diz, que uma Constituição dá certos direitos diz-se uma coisa, que não é exacta: pois não faz senão declarar quais são os direitos preexistentes e assegurar o exercício desses mesmos direitos" (p. 9). Suplementarmente, a constituição devia conter normas sobre a forma de governo

[1348] "O melhor de todos os Governos; por isso que é aquele, no qual os Governados conservam um maior numero de seus direitos primitivos, ou naturais" (p. 10). V. também p. 12, sobre a necessidade de reduzir a constituição formal a um conjunto mínimo, claro e sistemático de normas fundamentais.

[1349] Cf., antes, cap. 7.1.3.

[1350] Cf., sobre a função constitucional de um código civil, Vivente José Ferreira da Costa, *O que he o Codigo Civil*, Lisboa, 1822.

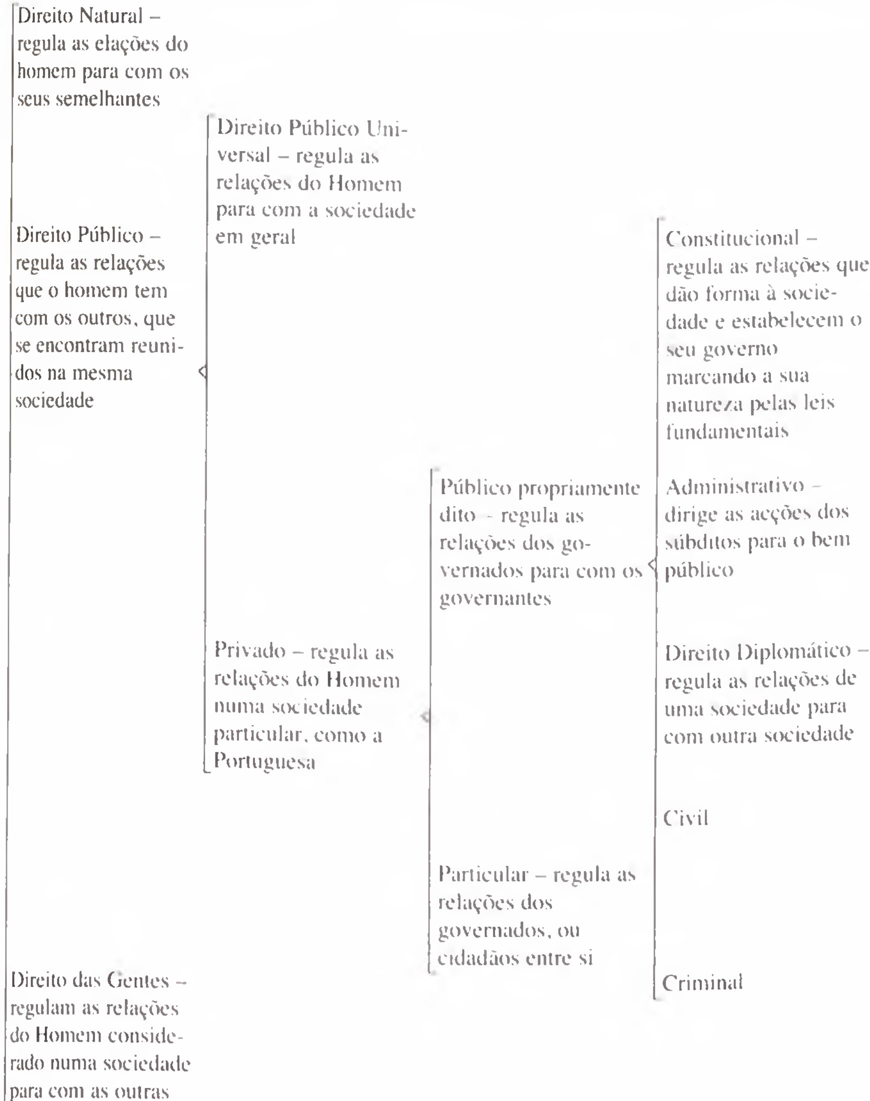
tamente deve competir à Constituição na defesa dos direitos contra os actos de poder[1351].

Também Louis-Antoine Macarel, nos seus citados *Éléments de droit public*, continua a mover-se sobre a mesma ideia de que a constituição formal não consome a constituição natural da sociedade e de que os homens conservam os seus naturais direitos de trato privado, que apenas são limitados pela constituição formal desde que se relacionem com o bem comum ou interesse público. E, assim, define as melhores constituições como as "que mais garantias oferecem ao gozo dos direitos naturais do homem [já que estes] entenderam conservar a sua independência real, e o exercício dos seus direitos naturais, em tudo o que não tivesse uma verdadeira relação com o bem público" (p. 53/54). Estes direitos do trato privado – que o Estado apenas deveria garantir – são mais adiante enumerados: segurança das pessoas e da propriedade; liberdade de indústria, opiniões e consciência (p. 154). A garantia destes direitos, mesmo que sem a concessão de direitos políticos (participar na feitura das leis e na eleição do governo), já constituía um primeiro estado constitucional, o de "governado" (que se opunha, por um lado, ao de "súbdito" e, por outro, ao de "cidadão" (p. 256).

A simples árvore das disciplinas jurídicas, tal como ela aparece nas lições de Direito publico constitucional, de 1839-40, de Basílio Alberto de Sousa Pinto[1352], já mostra o carácter derivado do direito constitucional em relação a uma série de ordens jurídicas mais englobantes e fundamentais, todas elas positivas e invocáveis pelos juristas, nos termos, nomeadamente, da *Lei da Boa Razão*.

1351 Pela mesmo altura, José Joaquim Ferreira de Moura (nas suas *Reflexões criticas sobre a administração da justiça em Inglaterra tanto no civil como no crime e sobre o jury*, Lisboa 1826), salientará, em todo o caso, a inanidade da tutela meramente constitucional dos direitos, salientando, desta vez, a função constitucional da ordem judiciária: "mas de que serve o haver Constituição, se a minha propriedade for todos os dias violada por sentenças iníquas, ou se os espiões da polícia me tiverem num contínuo sobressalto? Esta ideia me moveu a abandonar de todo a Ciência da Alta Política, e assentei, que empregava melhor o meu tempo meditando nas reformas, de que a administração da Justiça era susceptível entre nós, e notando os pontos em que era possível adoptar o que em Inglaterra se pratica a este respeito com reconhecida vantagem". (iii/iv).

1352 Ms. Existente na Biblioteca da Faculdade de Direito de Coimbra; publ em A. M. Hespanha & Cristina Nogueira da Silva, "Fontes para a história [...]", cit..



Embora o autor recuse a ideia de Bentham de que o bom governo depende sobretudo de um conjunto (código) de boas leis civis[1353], mais do

[1353] Esta crítica a Bentham relaciona-se com a que lhe faz a propósito da doutrina benthamiana do carácter não originário (mas derivado das leis) dos direitos individuais (cf. Lição 11).

que de uma boa Constituição, não deixa de reconhecer o carácter derivado da constituição, ao observar que "a Constituição não deve ser apenas teórica, mas sim prática, deduzida da longa experiência das necessidades e circunstâncias em que se encontra a Nação" (lição 1ª).

Na verdade, a verdadeira Constituição residiria no interior alma de cada um: "O homem, ao entrar na análise psicológica das suas faculdades, reconhece forçosamente que existe em si uma outra força motora além da vontade. Força essa que nem sempre é superior a esta, mas que lhe resiste e que causa, no coração do homem, uma sensação penosa, a que chamamos remorso – quando a vontade não está de acordo com os seus princípios. O homem pode, por exemplo, resolver-se a praticar uma acção contrária à sua conservação. A vontade executa-la, mas dentro do seu coração, o homem sente uma força que lhe faz reconhecer que errou. Ora, é esta a outra força independente da vontade que constitui a Lei natural ou que prova evidentemente a sua existência" (Lição 11ª). A sua declaração nas constituições formais apenas se tornaria necessária porque "nem todos possuem uma razão igualmente ilustrada. E, por isso, a maior garantia que os povos podem obter de que esses direitos lhes serão respeitados é a declaração dos seus direitos" (Ibid.)

Por outro lado, defende enfaticamente a centralidade constitucional da questão dos direitos: "uma das condições mais importantes das que entram na Constituição é a designação, ou antes, a declaração dos direitos que os sócios reservam para si, bem como dos que sacrificam" (Lição 9, ad Tit. III da Const. 1838)[1354]. Além de que, depois de distinguir, entre os

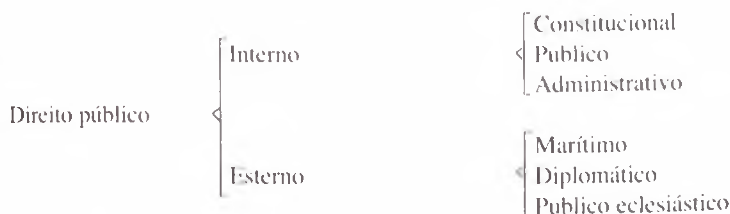
---

[1354] Cf., em todo caso, uma definição mais restrita do objecto da constituição formal: "Vejamos agora os actos que nela devem figurar. Estes são três: 1.º as condições da reunião das cortes pelas quais se declara o tempo e o modo como se devem reunir. Pois, se a sua reunião ficasse ao arbítrio do Governo, este podia então tornar-se despótico deixando de as reunir. 2.º o estabelecimento da forma de Governo ou das Leis fundamentais pela necessidade que os homens têm de uma forma de Governo estabelecida. 3.º a designação da pessoa física ou moral que deve governar. Para uma Constituição ser boa, deve apenas conter as Leis fundamentais e nada mais porque esta deve durar o maior tempo possível, para que a sociedade não oscile. Mas, se além das Leis fundamentais, a Constituição compreende as regulamentares, seria necessário andar sempre a reformá-la para a moldar às circunstâncias ocorrentes que variam constantemente" (Lição 4ª). Esta visão restrita explica-se, porventura, porque se entende que é apenas nestes pontos que a Constituição pode inovar em relação às normas do direito público universal (onde, nomeadamente, estão consagrados já suficientemente, os direitos individuais), sendo supérflua no restante.

direitos dos cidadãos, os "individuais"[1355] e os "políticos"[1356], subordina expressamente os segundos aos primeiros[1357], confiando aos cidadãos – nos termos constitucionais (cf. art. 25.° da Const. 1838[1358]) – o direito de resistir às ofensas dos seus direitos e garantias ("Toda a diferença consiste em que debaixo de um Governo tirânico, em que os súbditos não podem fazer ouvir as suas queixas, quando os limites do sofrimento estão cheios, eles lançam mão dos últimos recursos. Enquanto nos Governos livres esta resistência é legal, e gradual", Lição 20ª).

Avancemos um pouco, para o autor que nos dá o "estado da questão" sobre a teoria da constituição no período áureo do cartismo. Referimo-nos a J. J. Lopes Praça, autor dos *Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826 e Acto Adicional de 1852*, publicados em 1878.

Logo no início da obra, Lopes Praça nos dá conta de uma taxinomia corrente desde os finais do séc. XVIII, relativa às divisões do Direito Público. Para ele, a árvore dos seus ramos era a seguinte



Para Lopes Praça,

[1355] "Aqueles que interessam a cada um dos sócios imediatamente e à sociedade mediatamente", (*ibid.*).

[1356] "Aqueles que interessam mediatamente a cada um dos sócios e imediatamente à sociedade" (*ibid.*).

[1357] "O fim da sociedade é garantir os direitos individuais e não gozar dos direitos políticos porque estes não são senão meios para melhor conseguir aqueles. O homem não se reuniu em sociedade fazendo o sacrifício de parte dos seus direitos naturais para ir votar nas Assembleias, seguir os empregos públicos. O fim que o dirigiu foi a garantia dos seus direitos individuais de segurança, liberdade e propriedade. Por isso, aquele que tem somente em vista gozar na sociedade os direitos políticos, é um perturbador da sociedade, um cidadão turbulento, um inimigo da pátria, o que já não acontecerá se considerar o gozo desses direitos políticos somente como um meio de garantir os seus direitos individuais e os dos seus concidadãos, para o que não é necessário fomentar dissenções, subornar votos, acender o hediondo facho da guerra civil, e levar a pátria à dissolução social" (*ibid.*).

[1358] "Art. 25 – É livre a todo o cidadão resistir a qualquer ordem que manifestamente violar as garantias individuais, se não estiverem legalmente suspensas".

"O direito público, diz Ahrens, na acção ordinária e restrita, é o direito do Estado, expõe o conjunto das condições sob as quais o Estado, como instituição pública, pode cumprir o bem social, favorecendo, pelos meios de que dispõe, a aquisição, a conservação, e o aperfeiçoamento de todos os bens morais e materiais que constituem o fim do homem. O direito público procura, portanto, qual é a constituição do Estado mais apropriada a esse fim e determina as obrigações e os direitos políticos que resultam das relações entre o Estado e todas as pessoas. Num sentido mais amplo devemos entender por direito público, não somente o direito do Estado, mas o direito de todas as instituições destinadas a conseguir os fins principais do homem e da sociedade, estas instituições são: 1.° a da religião ou da Igreja; 2.° a da ciência; 3.° a da arte; 4.° a do ensino; 5.° a da moral; 6.° a da indústria e do comércio [...]. O direito público considera então cada unia destas grandes instituições, como uma instituição pública ou social, e determina as suas relações jurídicas com o Estado e com as outras esferas da actividade humana. Esta doutrina é um ramo importante do direito. Contudo é geralmente desprezada porque, tornando o direito público no sentido restrito, e concebendo o Estado como uma instituição central da sociedade, não encara senão as relações do Estado com os indivíduos e com as instituições, que, sob este aspecto aparecem como instituições privadas". E continua: "Depois desta exposição é mais fácil formar uma ideia do que seja direito público interno, o qual se ocupa filosófica ou positivamente, do governo interior do Estado, isto é da organização dos poderes, suas relações entre si e com os direitos civis e políticos da sociedade e dos cidadãos. Compreende o direito constitucional, o direito público propriamente dito e o direito administrativo". Por sua vez, "o direito constitucional é a parte do direito público interno que regula a forma do governo, a extensão, natureza e limites dos poderes políticos", uma apenas pequena parte do direito público, restando deste aquilo a que Lopes Praça chama o direito público propriamente, ou seja, a "outra parte do direito público interno que compreende os princípios concernentes ao interesse geral, e as relações fundamentais entre o poder social e os indivíduos, que não entram no quadro do direito constitucional, nem do direito administrativo; Assim entram no direito público propriamente dito os direitos individuais, que embora regulados por qualquer dos ramos do direito privado, dependem em grande escala do direito público" (pp. XV-XVI).

Numa linguagem que é um misto entre a dos epígonos do organicismo romântico (como Krause e Ahrens) e do organicismo positivista nascente, Lopes Praça não diz, afinal, coisa muito diferente do que se vem dizendo até aqui: que do direito público do Estado – a que ele só não

chama direito constitucional porque reserva este termo para o que regula a forma de governo, estabelecida na constituição formal – fazem parte as normas que regulam os organismos sociais fundamentais, nas suas relações entre si, com o Estado e com os indivíduos. E que, onde quer que se encontrem regulados, os direitos individuais, nomeadamente os relativos à indústria e ao comércio, fazem parte do direito público interno.

A lição de Lopes Praça representa apenas uma manifestação epigonal de uma teoria do direito público que se desenvolve a partir do séc. XVIII em torno da ideia de um "direito público interno universal"[1359]; ou seja, de princípios universais de direito público, que vigorariam, por isso, como direito positivo em qualquer Estado, ao lado do seu direito público particular. É, de resto, esta mesma a lição implícita de Melo Freire e, explicitamente, a lição de Francisco de Sousa Sampaio[1360], ambas, por sua vez, decorrentes directamente do estabelecido nos Estatutos pombalinos, no relativo às disciplinas dos cursos de direito[1361]. A *Lei da Boa Razão* (18.08.1769) vem expressamente positivar estes princípios sob a etiqueta de "direito das nações cultas e civilizadas da Europa", autorizando a sua vigência directa nas matérias políticas, económicas e mercantis.

Não admira, por isso, que esta ideia de que, ao lado ou por cima do texto constitucional formal existia uma constituição material, formada por estes grandes princípios estruturadores da sociedade civil.

Um breve percurso dos principais constitucionalistas da primeira metade do séc. XIX é suficiente para ver como estava para eles claro que a principal parte da constituição, a que dizia respeito aos direito individuais, estava positivada acima, para além ou mesmo contra, a constituição formal do Estado.

[1359] Cf. Michael Stolleis, *Geschichtedes öffentlichen Rechts in Deutschland. Reichspublizistik und Policeywissenschaft 1600-1800*, München, Beck, 1988; e, numa perspectiva complementar, Wolfgang E. J. Weber, *Prudentia gubernatoria. Studien zur Herrschaftslehre in der deutschen Politischen Wissenschaft des 17. Jahrhunderts* (Studia Augustana, Bd. 4), Tübingen, Niemeyer 1992.

[1360] "Estas Leis, de que vem a formar-se o Direito Público, ou são aquelas, que dimanam da própria noção *da* Cidade considerada indistintamente *(c)*; ou são aquelas, que nascem da forma particular de cada Nação na sua particular Policia. No primeiro caso vêm a instituir o Direito Publico Universal; nos dois posteriores vêm a formar o Direito Pátrio publico de cada Nação". [nota *(c)*: "O Direito Publico Universal prescreve as regras gerais, que fervem de norma aos ofícios dos Imperantes, e as obrigações dos súbditos. O Direito Publico Particular estabelece as regras da sucessão, e a forma do governo interno da Sociedade".](*Prelecções de direito patrio*, Coimbra, 1793, Parte II, t. I, § 2-3).

[1361] *Est. Univ.* 1772, liv. 2, tit. 5..

As reacções só surgem, resistem e duram naqueles casos em que a constituição natural da nova sociedade civil (a governabilidade pelo do mercado) se choca com as antigas formas de auto-regulação da sociedade corporativa. É o que acontece com o estatuto dos dependentes domésticos (escravos, criados, filhos e mulheres), bem como com as limitações senhoriais (questão dos forais), canónicas (questão dos bens da Igreja e das congregações religiosas) e comunitárias (questão dos baldios) da propriedade.

No resto, a constituição da sociedade torna-se numa espécie de meta-constituição que, mesmo quando não está suficientemente ratificada nos textos constitucionais, vale, em sede doutrinal, por cima da constituição formal. E é por isso que, não sendo as constituições da Europa continental constituições "de direitos", a doutrina jurídica (não, necessariamente, a doutrina constitucional) opera na base de que existe uma ordem civil que o texto constitucional não pode violar.

No entanto, esta constitucionalização da ordem natural da sociedade não é sequer exclusiva dos constitucionalistas.

Nas suas *Instituições de direito civil portuguez*, uma obra paradigmática publicadas em 1852[1362], Manuel António Coelho da Rocha, além de declarar ser indispensável o recurso ao direito natural para entender, justificar ou complementar o direito positivo (I, § 10), expõe os princípios fundamentais da convivência civil – a liberdade, a autodefesa, a propriedade e a liberdade –, bem como os seus corolários – dever de indemnizar o dano, contribuir para a utilidade dos outros ou cumprir as convenções – (§ 11) baseado apenas em considerações de direito natural e sem qualquer recurso às constituições, ainda que todos estes princípios tivessem um conspícuo lugar em todas as constituições portuguesas.

15.4. A ordem constitucional económica liberal na segunda metade do séc. XIX – A caminho de uma concepção organicista do mercado

A segunda metade do séc. XIX caracteriza-se por uma mudança de paradigma na leitura da ordem da sociedade, com repercussões na leitura da natureza do mercado e, por isso no desenho da sua constituição[1363].

[1362] Manuel António M. A. Coelho da Rocha, *Instituições [...]*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1852.

[1363] Manuel A. Domingues Andrade, "O Visconde de Seabra e o código civil", cit.

Não deixa de existir a ideia de que há uma constituição natural da sociedade e, portanto, um modelo natural da vida económica. Pelo contrário, isso talvez ainda se reforce. Só que essa natureza é, agora, uma outra – aquela para que apontava o sociologismo nascente, que via na incompletude do homem individual, na necessidade da troca de serviços, na solidariedade e nos vínculos necessários que tudo criava o verdadeiro tecido da constituição natural das sociedades.

Realmente, as concepções organicistas da sociedade nunca tinham desaparecido do horizonte da teoria e filosofia sociais do séc. XIX, quer se apresentassem como nostalgias da antiga sociedade de ordens, quer se vestissem sob o figurino romântico do doutrinarismo francês ou da Escola histórica alemã, quer assumissem algum dos múltiplos solidarismos eclécticos que vicejaram nos meados do século[1364-1365]. Porém, com o sucesso do sociologismo comteano, no mundo latino, ou do estadualismo hegeliano, no mundo alemão, a ideia de que a sociedade não é um pacto entre indivíduos e de que o bom governo não é a simples harmonização dos interesses individuais impõe-se com muita força, logo a partir dos meados do século. É por via desta ideia de uma co-ordenação pré-estadual dos indivíduos e das coisas, que novas identidades começam a surgir no palco jurídico do mercado.

15.5. **A empresa no direito comercial**

Uma delas é a empresa, como unidade prenunciadora da nova organização da produção (fábrica), da distribuição (grande armazém) e mesmo do consumo (cooperativa). Como recorda Paolo Grossi, a propósito de um movimento paralelo no direito italiano da mesma época[1366], a empresa era, então, para a maioria dos privatistas, uma "noção indigesta e totalmente estranha à tradição romanística e ao individualismo jurídico burguês" (p. 999). De facto, esta última baseava-se no conceito de propriedade como relação com um objecto físico e não com uma "coisa produtiva". E, como vimos, o conceito de "coisa produtiva" evocava directamente, não a coisa em si mesma, mas a actividade humana que a fazia produzir. A empresa é,

[1364] Cf., para uma enumeração muito sintética, Ruy Ulrich, *Legislação operária portugueza*, Coimbra, 1906, 36; ou o panorama mais completo de Marnoco e Sousa, *Lições de economia social*, 1900-1901, I, 349 ss.

[1365] Cf., antes, cap. 11.2.1.1 e p. 204.

[1366] "Itinerari dell'impresa", cit., 999-1075.

justamente, a corporização jurídica do conjunto de actividades individuais e colectivas sobre as quais se funda a produção económica. Daí que a erupção do conceito de "empresa" (*Unternehmen*, *Unternehmung*) seja coetânea da erupção do conceito de "direito da economia"[1367], sintoma da emergência desta nova realidade jurídico-comercial com um imaginário anti-individualista e solidarista, atento às realidades sociais da economia e, por isso, avesso ao formalismo pandectista, que decomponha estas em actos individuais isolados[1368].

A empresa – como "organismo económico forte e ágil, formado de capitais, formado de trabalho, formado de forças naturais, (...) que concentra em si os meios e os homens indispensáveis para exercício da actividade comercial"[1369] – constituía uma dessas realidades objectivas da vida a que o novo realismo jurídico está tão atento, ao mesmo tempo que evoca o solidarismo social destacado pela sociologia comteana, A partir daqui, o direito comercial tenderá a abandonar a perspectiva atomista do "acto comercial" e a ser reescrito tomando como base de análise a "dinâmica jurídica" da nova prática comercial: empresas, grandes empresas, uniões de empresas, relações entre grandes empresas e a massa anónima dos consumidores, intervenção estatal, participação do Estado nas sociedades; com importantes consequências dogmáticas.

O direito da empresa, direito da economia, o novo direito comercial, passarão a desempenhar em toda a Europa, o papel de disciplinas vedetas, pois este realismo jurídico devia abranger todo o direito comercial (senão todo o direito). "Devia ter-se a coragem de trabalhar sobre o direito vivo, sem quaisquer inibições, atendendo à natureza das coisas e à equidade; devia ter-se muito em conta o juiz e não apenas juiz togado, devia recusar-se a ideia perversa de esclerosar o direito comercial (...), reduzindo-o ao complexo de leis gerais e de costumes (...); devia, sobretudo, ter-se a coragem de se libertar da velha dogmática como as suas decrépitas e socialmente odiosas armaduras romanísticas e inaugurar sem inibições novas instâncias, inventando uma dogmática adequada e, talvez, novos institutos"[1370].

[1367] Que se dá na Alemanha com o movimento "Recht und Wirtschaft" (1912-1924; H. Oppikofer, *Das Unternehmensrecht in geschichtler, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung*, 1927; R. Müller-Erzbach, *Deutsches Handelsrecht*, 1919-1924) (p. 1000), e se desenvolve em Itália com a obra de Lorenzo Mossa (*L'impresa nell'ordine corporativo*, Firenze, 1935; L. Mossa, *La concezione fascista delle proprietà privata*, Roma, 1939).

[1368] Cf. Grossi, "Itinerari...", (p. 1008.

[1369] Paolo Grossi, *ibid*. p. 1012.

[1370] Paolo Grossi, *ibid*., p. 1009.

É justamente a esta nova realidade que um jovem comercialista português dedica, nos finais do séc. XIX, nada menos do que um par de livros. Referimo-nos a José Tavares (1873-1938), professor em Coimbra e então imerso nesse caldo de cultura jus-sociologista que marcava a vida académica da Faculdade de Direito.

Na sua obra *Das sociedades commerciaes. Tractado theorico e pratico* (Coimbra, França Amado, 1899), o A. abre com enunciados que então faziam curso no meio universitário conimbricense: "A natureza orgânica e psicológica do homem, natural e essencialmente sociável, força determinante e necessária da sua associação política e jurídica, constitui a razão de ser fundamental de toda a ordem de agremiações em que se traduz e desenvolve a actividade humana indivíduo-social. Nesta lei estrutural e funcional da vida humana reside a explicação do facto, universalmente observado, da constituição de uma infinidade de associações destinadas a satisfazer todas as necessidades materiais, intelectuais e morais, progressivamente crescentes com as exigências da civilização" (pp. 1-2). Esta lei natural era, afinal, reconhecida pelo Código civil (de 1867) como aquilo que José Tavares define como um dos "direitos originários, que resultam da própria natureza do homem, e que a lei civil reconhece, e protege como fonte e origem de todos os outros"[1371], declarando-o como inalienável, embora limitável por "lei formal e expressa".

Nesta deslocação do fundamento da sociedade da vontade individual para a sociabilidade – que se traduz no entendimento de que o direito de associação, e não a liberdade, constitui o núcleo do direito da natureza humana – manifesta-se uma revolução copernicana nas concepções jurídicas. Aquilo que sociologistas e realistas vão, agora, definir como estranho é que indivíduo se afirme e aja individualmente, como ser isolado e liberto de um estado social que o amarra a uma condição jurídica feita de relações objectivas, i.e., de direitos e de deveres. Em contrapartida, aquilo que vão achar naturais são as múltiplas formas de agregação social, sejam elas as associações ou as sociedades, entidades que o autor contra-distingue pelo seu escopo: "a palavra associação serve mais propriamente para designar as colectividades de interesse geral, constituídas com algum fim ou por algum motivo de utilidade pública, ou de utilidade pública e particular conjuntamente, enquanto que a palavra sociedade se aplica somente

[1371] Cf.art. art. 365.º: "a faculdade de por em comum os meios ou esforços individuais, para qualquer fim, que não prejudique os direitos de outrem ou da sociedade".

às colectividades constituídas por contracto com um fim de mero interesse particular (cf. art. 32.° do Cód. civil).

Esta ênfase nas formas societárias de acção tem, desde logo, duas consequências.

A primeira é a de que levanta parcialmente as suspeições que o paradigma liberal fizera descer sobre as associações, nomeadamente sobre aquelas que, não prosseguindo finalidades meramente individuais, constituíssem algo mais do que manifestações de interesses privados [1372], chegando a proibi-las ou a sujeitá-las a regimes muito restritivos de autorização[1373].

A segunda consequência é a centralidade que agora obtêm as formas colectivas de organização no imaginário do mercado. "As sociedades industriais ou lucrativas – escreve José Tavares[1374] – desempenham na vida social uma função económica preponderante, que explica em grande parte os cuidados de regulamentação jurídica que lhes têm dedicado os legisladores de todos os povos civilizados, promovendo o seu natural e livre desenvolvimento, mas procurando ao mesmo tempo assegurar os interesses e garantir os direitos de todas as pessoas que estabelecem com elas relações jurídicas no exercício da sua actividade industrial". E prossegue, explicando o porquê da necessidade de considerar as relações industriais como relações inter-individuais complexas –

> "Todo o organismo simples ou complexo da actividade industrial é uma combinação orgânica, apropriada em proporções variáveis, dos três elementos da produção económica: a natureza, o capital e o trabalho, que não podem actuar no fenómeno da produção separados e autónomos, mas que, pelo contrário, obedecem a uma coordenação necessária. Dos três elementos há um que, embora seja uma força-potência activa na produção, está contudo subordinado a impulsão, a direcção e rectificação da actividade humana; é a natureza. Há outro que, embora seja um elemento passivo, possui todavia, mercê das condições económicas da actual organização social, a força potencial da coordenação e direcção do trabalho; é o capital.

[1372] Ainda que, no caso das sociedades, interesses individuais de várias pessoas, feitos convergir por uma acordo. Como escreve José Tavares, o espírito que anima as sociedades "é essencialmente egoísta" (*Das sociedades comerciais...*, p. 9.).

[1373] Na continuação, de resto, de uma tradição jurídica que já vinha do Antigo Regime.

[1374] José Tavares, *Das sociedades comerciais...*, cit., 15; em parte, cita-se a si mesmo, remetendo para o seu trabalho *Das empresas no direito commercial (Estudo sobre o art. 230.° do Codigo Commercial Portuguez)*, cit..

> Estranho contraste da estrutura e vida económica de uma sociedade que se diz civilizada! É o elemento passivo o que domina e dirige a coordenação das forças activas da produção. E a economia social não pode no *statu quo* da organização existente dispensar o predomínio desse elemento passivo, mas poderoso, porque a entidade económica do produtor autónomo é incompatível com as condições da sociedade moderna, e porque o capital e o trabalho são geralmente forcas dissociadas. Nestas condições, a coordenação orgânica do capital e do trabalho só pode realizar-se pela constituição de organismos produtores colectivos que integrem todos os elementos e todas as forcas necessárias para o exercício de uma determinada industria" (op. cit., p. 15-16).

Nas páginas seguintes, José Tavares desenvolve o tópico, mostrando porque é que este tipo de organização colectiva se torna inelutável na civilização económica moderna e porque é que o moderno direito comercial se deveria caracterizar, antes de tudo o mais, pela referência a esta "organização colectiva das forças de produção", a que se chama empresa ("um organismo produtor colectivo que reúne em si todas as forças económicas necessárias ao exercício lucrativo de uma determinada indústria")[1375].

A concepção empresarialista de José Tavares está longe de ser singular. Ele bebera-a, como se disse, num dos grandes mestres da geração anterior – Marnoco e Sousa (1869-1916)[1376]. Nas suas lições de Economia política, de 1913-1914, Marnoco adopta frequentemente pontos de vista que salientam a dimensão colectiva e orgânica da nova actividade económica. Assim, manifesta uma opinião positiva sobre os sindicatos industriais – "coligações espontâneas e duradouras dos empresários da grande indústria, tendo por fim regularizar a produção" –, tendo o cuidado de os distinguir dos sindicatos de especulação – "a modificação arbitrária do mercado no sentido da alta ou da baixa, por meio do açambarcamento das mercadorias"[1377]; e demarcando-se assim da antipatia liberal por todas as formas de coalizão que comprometessem o princípio da livre concorrência. Na discussão sobre as vantagens e inconvenientes dos cartéis e dos

---

[1375] José Tavares, *Das emprezas*..., cit., 52.

[1376] Obras mais significativas, neste plano: *O capitalismo moderno: lições feitas ao curso do segundo anno juridico de 1907-1908*, Coimbra: França Amado, 1907; *Lições de economia social, 1900-1901*, Coimbra, França Amado, 1900; *Lições de economia politica. 1913*-1914, Typ. Alberto Viana, 1914.

[1377] Marnoco e Sousa, *Lições de economia politica*, cit., 343.

trusts, salienta os seus aspectos positivos, para os produtores, para os consumidores e mesmo para os trabalhadores, propondo, finalmente, a sua permissão, embora evitando abusos[1378]. Embora reconhecesse que, em Portugal, tais práticas se encontravam, em princípio, proibidas pelo Código Penal de 1886 (art. 276), entendia que esta disposição legal não se aplicava, pela dificuldade de "mostrar a relação necessária de causa e efeito entre a baixa ou alta dos preços e o artifício empregado para produzir este resultado"; acrescentando: "E por isso ainda há pouco se constituiu entre nós o *trust* das farinhas[1379].

A mesma simpatia pela concentração se manifesta, agora no plano do consumo, nas suas reflexões sobre os grandes armazéns (como o Grandela, Chiado e Hermínios): "oferece grandes vantagens: *venda a preço fixo* em lugar da absurda venda por preço variado; *venda ao contado* em lograr do deplorável costume da venda a crédito, que, sob o do pretexto de auxiliar o consumidor, não é mais do que uma forma de usura; *redução do preço*, em proporções consideráveis, geral. mente com maior garantia na qualidade doa produtos vendidos, e isto porque comprando mais e vendendo mais, obtêm por menores preços e podem ganhar menos em cada género; *maiores comodidades* para o público em virtude da reunião dum grande número de artigos no mesmo local"[1380]. Marnoco e Sousa, ao indicar as vantagens dos grandes armazéns, está, realmente, a desenhar a contra-face do ideal de mercado dos liberais: negociação do preço, negociação das cláusulas contratuais, defesa da livre concorrência. Embora estivesse a concordar com eles na crítica a algumas das "irracionalidades" (regateio, venda a fiado, embebimento emotivo da negociação) dos emotivos, coloridos e lúdicos mercados do Sul.

15.6. O intervencionismo estadual e a administração mista..

A ideia de que o Estado devia deixar a vida económica entregue ao seu livre curso nunca colhera uma absoluta unanimidade, apesar do vigor das teses liberais. A antiga de ideia de "polícia", sob várias formas, com âmbitos diferentes e com diferentes fundamentos continuou viva, mesmo

[1378] Marnoco e Sousa, *Lições de economia política*, cit., 351 ss..
[1379] Cita as suas *Lições de economia política [...]*, cit., p. 642 ss..
[1380] Marnoco e Sousa, *Lições de economia política*, cit., 583-584.

nos anos centrais do liberalismo (os anos 30 e 40)[1381]. Adrião Forjaz de Sampaio (1810-1874) – professor de Economia Política em Coimbra, de 1836-1871, liberal, influenciado por Karl Heinrich Rau[1382] e Heinrich Ahrens[1383]– adopta nos seus *Elementos de economia política e estadística*, 1845, e no âmbito de uma posição eclética, pontos de vista favoráveis ao intervencionismo estadual: "§ 162. O Estado pode intervir na economia nacional directa ou indirectamente. A intervenção *directa* repugna em geral com o fim do Estado [...] e em especial com o princípio da liberdade de indústria " (p. 67) [...] § 168. Mas ao Estado não somente cumpre prestar desta maneira [garantindo a segurança e a morigeração ou bons costumes, 69/70; promovendo a instrução pública] todas as condições externas do livre desenvolvimento e organização da indústria, mas também zelar a execução das suas obrigações para com a sociedade. Para este fim, além de outras prudentes medidas de polícia, compete-lhe promulgar leis gerais [...] que regulem as condições da constituição e administração das sociedades industriais, em prol da ordem social, e dos particularmente interessados, em cujo número não podem omitir-se os operários (cita Ahrens)"[1384]. Este intervencionismo estadual não devia ser ilimitado. Reprovadas eram: a escravatura, as empresas por conta própria, os auxílios, os monopólios, as taxas, as medidas contra o luxo e consumos privados, a regulação da emigração. Pelo contrário, providências legítimas seriam: as medidas de fomento da agricultura, os regulamentos industriais, o fomento das comunicações, a unificação de pesos e medidas, a regulação da amoedação[1385]. Nada de muito novo, dir-se-á. Mas, de qualquer modo, o suficiente para recuperar a velha ideia de ciência da polícia (*Polizeiwisssenchaft*), agora redesignada de estadística[1386], como "a ciência actual dos Estados, ou suas forças ou recursos presentes, morais e materiais, por via de resultados do seu governo, território, e número, indústria e civilização de seus habitantes"[1387].

1381 Sobre esta questão, no domínio da teoria política, cf., antes, cap. 11.4.7.

1382 1792-1870: *Lehrbuch der politischen Ökonomie* (1826-37), economista cujo classicismo liberal (próximo de J.-B. Say) era temperado pela influência da Escola Histórica.

1383 1805-1874; *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit* (Brussels, 1836--39; discípulo de Karl Christian Friedrich Krause (1781-1832), considerava o direito como um todo orgânico destinado a realizar os fins naturais da vida humana.

1384 Adrão Forjaz de Sampaio, *Elementos de economia política [...]*, cit., , 70/71.

1385 *Ibid*. p. 80 ss..

1386 O termo já fora, de resto, usado – mesmo em Portugal – nos finais do séc. XVIII, no âmbito da então dominante ciência de polícia ou cameralística.

1387 *Ibid*., p. 134.

No entanto, é apenas algumas décadas mais tarde que estas doutrinas intervencionistas se trocarão hegemónicas nos círculos académicos.

Isto acontece, sobretudo, pela influência que o pensamento económico alemão – primeiro da "economia nacional" (*Nationalökonomie*), depois do "socialismo catedrático" (*Kathedernsozialismus*)[1388] – exercerá na academia conimbricense, onde se forjam académicos, políticos, publicistas, bem como, tanto os projectos legislativos, como os membros das comissões que os apreciam, no governo e no parlamento. A rica e complexa genealogia destas escolas está bem esboçada por Marnoco e Sousa[1389], que sintetiza nos seguintes termos o papel que estes autores atribuíam ao Estado: "Segundo os socialistas catedráticos [cujo *caput scholae* em Coimbra seria, segundo Marnoco, José Frederico Laranjo], é falso que a ordem natural resulte do livre jogo dos egoísmos Individuais, bastando por isso suprimir todos os obstáculos que se oponham à expansão da actividade pessoal. O egoísmo leva os homens à iniquidade e à espoliação, é preciso por Isso reprimi-lo e não lhe permitir o livre desenvolvimento. Esta deve ser a missão própria da moral, primeiro, do Estado, depois, como órgão da justiça [...]. O Estado não é um mal necessário, como queriam os individualistas, mas a emanação das forças vivas e intelectuais dum país, tendo de favorecer o seu desenvolvimento em todas as direcções, representando a justiça, a civilização e o progresso [...] A liberdade do indivíduo deve ser respeitada e até estimulada, mas deve estar submetida às regras da moral e da equidade, que compete ao Estado impor e garantir. Por isso, o Estado tem uma dupla função – manter a liberdade nos limites traçados pelo direito e pela moral, e prestar o seu concurso sempre que o

---

[1388] Lorenz v. Stein (1813-1890; *Lehrbuch der Nationaloekonomie*, 1858), Adolf Wagner (*Lehrbuch der politischen Oekonomie*, 1876), Gustav von Schmoller (1838-1917,) *Über einige Grundfragen der Sozialpolitik und der Volkswirtschaftslehre*, 1896; *Grundriss der allgemeinen Volkswirtschaftslehre*,1900-1904, Lujo Brentano (1844-1931), *Das Arbeitsverhältniss gemäss dem heutigen Recht*, 1877; Emile de Laveleye (1822-1892), *Essais sur les formes de gouvernement dans les sociétés modernes*, 1872; *Le socialisme contemporain*, 1881; *La crise du libéralisme*, 1883; *Eléments d'économie politique*, 1882; *Les tendances nouvelles de l'économia politique*, 1875; *Socialisme contemporain*, 1891. Com estes "socialistas" convinham autores mais ecléticos, mas muito lidos em Portugal, como Paul Leroy-Beaulieu (v.g., *Traité des principes de finances*, 1877; *Examen critique du nouveau socialisme*, 1884), que orientava a liberdade individual e a associação profissional para a harmonia social, promovida pelo Estado. V., também, o muito citado Alfred Jourdan, *Du rôle de l'Etat dans l'ordre économique ou économie politique et socialisme*, *Le collectivisme*, 1882.

[1389] Marnoco e Sousa, *Lições de economia social*, cit., I, 349 ss..

progresso social possa ser melhor realizado por este modo do que pelos esforços individuais, como quando se trata do melhoramento dos portos e das vias de comunicação, do desenvolvimento das ciências e das artes, etc.. A intervenção do Estado não deve ser sempre repelida, como querem os individualistas, nem sempre admitida, como sustentam os socialistas [...] É um erro julgar que a acção do Estado se restringe à medida que a civilização progride. Se esta acção tem hoje uma natureza diversa da que revestiu sob o regímen patriarcal e despótico, é certo que ela se estende à medida que se rasgam novos horizontes à actividade humana, e se depura a apreciação do lícito e do ilícito"[1390-1391].

A passagem desta teoria à prática levou, em alguns países europeus, a uma forte imbricação entre o público e o privado no domínio económico. O exemplo mais nítido é o da Prússia e, depois, da Alemanha de Bismarck, onde tudo isto era facilitado por uma singular convergência de factores, que iam desde o *pathos* nacionalista e comunitarista do novo Estado-Nação até à tardia e incompleta dissolução da velha ordem corporativa e cameralística.

Em Portugal, a intervenção estadual – se podia estar facilitada, quer por uma componente solidarista que tardou a desaparecer na doutrina económica e social, quer até pelo protagonismo do Estado num largo período de guerra civil, quer finalmente, pelo conúbio entre as elites políticas e as elites financeiras e industriais na última fase do séc. XIX[1392] – defrontava-se com as dificuldades financeiras desse mesmo Estado para desenvolver uma política económica activa[1393].

Assim, o intervencionismo estadual, quer sob a forma regulamentar, quer sob a forma de uma intervenção promotora ou mesmo de uma sua comparticipação numa economia mista, acaba por ter uma expressão modesta.

Em alguns domínios, como o das comunicações, da moeda, ou de alguns tradicionais monopólios estaduais – que já o direito do Antigo Regime considerava como pertencentes às *regalia* ou direitos o rei (*Ord. fil.*, II, 26) – a intervenção concessionária, regulamentadora ou até empreendera do Estado parecia natural. E, assim, não é de estranhar que, mesmo

---

[1390] Marnoco e Sousa, *Lições de economia social*, cit., I, 598/599.

[1391] Sobre a emergência do Estado, no plano da doutrina política, cf., antes, caps. 11.4.7 e 13.

[1392] Cf., antes, cap. 13.

[1393] Cf., antes, cap. 11.4.8.3.6.

no período liberal por antonomásia, o Estado tenha tido aí uma intervenção notória.

Assim, no período cabralista, verificou-se uma promoção de constituição de *Companhias de exploração dos serviços e monopólios nacionais*, com a correspondente concessão de recursos públicos (Companhia Confiança Nacional, Companhia das obras públicas, Companhia dos Moinhos flutuantes do Tejo, Companhia Auxílio, todas elas ligadas ao Banco de Lisboa). O surto empreendedor rapidamente derrapou para um surto especulativo, que terminou em estrondosas bancarrotas (1845-1850).

A segunda vaga de empreendimentos industriais do Estado coincidiu com o período de fomento das comunicações internas, nomeadamente dos caminhos-de-ferro. Na verdade, o dec 31.12.1864 considerava que, fazendo parte da viação pública, os caminhos-de-ferro pertenciam do domínio público, devendo a sua concessão ser autorizada por lei. Em 1845, o Governo anuncia umas bases para a construção de caminhos-de-ferro (Anúncio de 25.6.1846). E, de facto, entre 1853-1869, o Estado preferiu o sistema de devolução dos empreendimentos ferroviários para companhias privadas, às quais foram concedidas as linhas do Norte e do Leste, o ramal de Cáceres, a linha da Beira Alta e outras companhias[1394]. Em 1878, insiste-se nesta solução para ampliação da rede, estabelecendo-se um quadro de concessão em que as companhias estavam obrigadas ao pagamento de uma renda anual, bem como ao aumento da rede, segundo um ritmo acordado (L. 6.5.1878, L 19.3.1883). As tentativas goraram-se e, por isso, a partir de 1896, o Estado encarrega-se directamente das linhas de Sul e Sueste) [LL 4.10.1871; 14.5.1872; 8.4.1877] e do Minho e Douro (LL. 2.7.1867; 7.4.1877)[1395]. Os resultados, segundo as avaliações da época, não deixavam de ser animadores, pois os coeficientes de exploração[1396] do Estado não eram globalmente e *coeteris paribus* inferiores aos das empresas privadas.

[1394] Para mais detalhes, Marnoco e Sousa, *Lições de economia social*, cit., II, p. 961.

[1395] Cf. ainda o dec. 17.9.1883; o dec. 14.7.1899 volta a estabelecer condições gerais de concessão.

[1396] O coeficiente de exploração é a % das despesas nas receitas; daí que seja tanto mais favorável quanto mais baixo for.

Coeficientes de exploração e rendimento dos caminhos-de-ferro

Via larga	Estado -	1024 (40%)	Coef. Exploração (59%)
	Companhias[1397] –	1424 (58%)	Coef. Exploração (49%)
	Total –	2448	
Via estreita	Estado –	90 (20%)	Coef. Exploração (94%)
	Companhias -	360 (80%)	Coef. Exploração (64%)
	Total –	450	

(Fonte. Rel. L. 6.10.1898; Abel de Andrade, *Lições de economia social*, cit., 213 ss.)

De qualquer modo, este sector da administração industrial do Estado gozava de ampla autonomia, estando separada da administração financeira comum do Estado (Carta de lei 14.7.1899).

No que respeita às estradas, logo em 1834 (Carta de lei 19.12.1834), o governo foi autorizado a promover a abertura e melhoramento de estradas, podendo comparticipar nos respectivos encargos, até 10% do montante da obra. O que significava que, neste momento, se encarava – por princípio ou por conveniência – que os empreendimentos deviam ser deixados à iniciativa privada de empresas de comunicações[1398]. E, de facto, é isto que se prevê na Carta de lei de 5.3.1836, que autoriza o Governo a contratar – com prévia autorização das Cortes – com quaisquer indivíduos ou Companhias nacionais ou estrangeiras a abertura de novas estradas, renovação e concertos das já existentes em qualquer parte do território português; bem como sobre construção de pontes, estabelecimentos de diligências, e quaisquer outras obras ou empresas do interesse publico[1399].

A publicação da Carta de lei de 17.4.1838 (reiterada pela Carta de lei 30.7.1839) – regulando o direito de expropriação previsto na *Carta Constitucional* – vem pôr nas mãos do governo um importante instrumento para levar a cabo o melhoramento da rede de estradas[1400]. Em todo o caso, a sua

---

1397 Incluía a, Linha do Norte, de longe a mais rentável de todas.

1398 Como aquela que se pretende constituir, em 1835, para as comunicações entre Lisboa e Sintra (P. 25.2 e 4.4.1835); ou a que se constitui, em 1837, para a construção da estrada Lisboa-Porto /Carta de lei 7.4.1837), ou para as estradas do Minho (P. 28.11.1837; P. 10.10.1838; D. 24.10.e 3.11.1843).

1399 Regulamento da administração das estradas: dec. 18.6.1836.

1400 Poucos dias antes, já tinham sido expropriados terrenos para a construção da estrada Lisboa-Porto.

aplicação expressa à abertura e melhoramento das estradas só é expressamente estabelecida por uma disposição legislativa subsequente (Carta de lei 26.7.1843, art. 12), pela qual é também criada uma derrama pessoal de 400 rs. para todos os portugueses varões, a favor da construção de estradas e autorizada a cobrança de direitos de passagem nas estradas novas ou substancialmente melhoradas[1401]. A Carta de lei 9.7.1949 volta a insistir no carácter público da construção de estradas, prevendo que esta se faça, ou por administração directa ou por contrato de concessão, voltando a prever direitos de passagem para a amortização da obra ou a compensação dos concessionários.

No domínio dos transportes marítimos, a intervenção do Estado era muito mais modesta. Aparte a reserva de bandeira no transporte entre o continente e ilhas, entre as ilhas, com as colónias da costa ocidental da África até ao Zaire, na cabotagem de Moçambique (DD 4.7.1902; 23.11905), o Estado reafirma o princípio tradicional de que os portos pertencem ao domínio público[1402], concedendo ou tomando a seu cargo algumas obras portuárias, nomeadamente, as do porto de Lisboa. Mas, também neste caso, adopta formas de administração autónoma (Carta de lei 17.3.1907, criando a Administração do Porto de Lisboa)[1403].

Na área dos transportes e outros serviços edifícios das principais cidades, apontou-se para a municipalização de certos serviços públicos, como os transportes colectivos (nomeadamente, eléctricos), a distribuição de electricidade e de gás de cidade. Isto aconteceu em Coimbra, Montemor-o-Velho e Covilhã. Mas não em Lisboa e no Porto[1404], por tais serviços estarem concedidos a companhias privadas.

Também os correios estiveram sempre a cargo do Estado, na sequência de uma tradição que vinha do Antigo Regime. Quanto aos telégrafos, o dec de 31.121864 declara as linhas telegráficas propriedade do Estado, estabelecendo o processo da sua concessão[1405].

1401 Cf., revogando-a parcialmente Carta de lei 19.4.1845.

1402 D. 31.12.1864., art. ("imprescritíveis e de domínio público").

1403 Regulamento dos faróis D. 3.11.1864.

1404 Autorização de celebração de contrato de concessão: Lisboa (D. 10.10.1848; P. 5.12.1848; P. 6.4.1861); Porto (L. 3.8.1853); D. 3.1.1855), Setúbal (L. 1.2.1859; D. 12.4.1859), Coimbra (L. 1.8.1854; D. 8.5.1855), Belém (L. 25.7.1855)

1405 Cf. DD 27.10.1852, 4.5.1853 e 30.12.1864 (reforma da administração geral dos correios e postas do reino). Concessão (L. 13.7.1855; P. 21.3.1863; P. 26.4.1855; D. 31.12.1864); Regulamento dos serviços telegráficos – L. 19.7.1867.

O sector bancário – mesmo quando não dotado de privilégios emissores – esteve sempre sujeito a um certo controlo do Estado, que devia dar a sua autorização para a constituição de casas bancárias (cf. Carta de lei de 3.4.1896); enquanto que o mesmo Estado sempre manteve o monopólio de emissão de notas, bem como o privilégio de fixação da taxa de juro bancária máxima (em metade da taxa média de desconto do Banco de Portugal).

A Indústria extractiva também fazia parte das antigas regalia (*Ord. fil.*, II, 26) e, por isso, continuou a ser uma área de exploração reservada e sujeita a concessão. O exemplo mais notório é o das minas, dependente de concessão intransmissível do governo, a que só escapavam as aluviões metálicas dos leitos dos rios, as terras ferruginosas (ocres e almagres), as pedreiras e as turfeiras[1406]; contra pagamento de imposto fixo (por Ha e *ad valorem*)[1407]. O património hídrico também continuou a ser do domínio público (cf. art. 431 do Cód. Civ.); a única novidade é a regulamentação do uso das quedas de água, para produção de energia eléctrica (dec 27.5.1911, Reg. 25.7.1911)[1408].

O domínio agrícola era outro daqueles em que – apesar do amplo reconhecimento e garantia da propriedade privada, antes e depois da revolução liberal – os poderes públicos tinham uma velha tradição intervencionista. Durante o Antigo Regime, em homenagem à ideia de uma função produtiva da terra, que obrigava ao arroteio e punia a destruição das culturas; antes e depois, em virtude da preocupação dos poderes públicos com o abastecimento. No início do séc. XIX, o "problema das subsistências" – trazido à ribalta da discussão académica pela obra de Malthus, *Essay on the principles of population*, 1803 – tornou-se numa preocupação geral, além do mais justificada pelos novos estudos da estatística, o tal novo ramo das ciências do governo. Ora, nos finais do século XIX, essa estatística mostrava justamente as carências agrícolas do país. Em 1867,

---

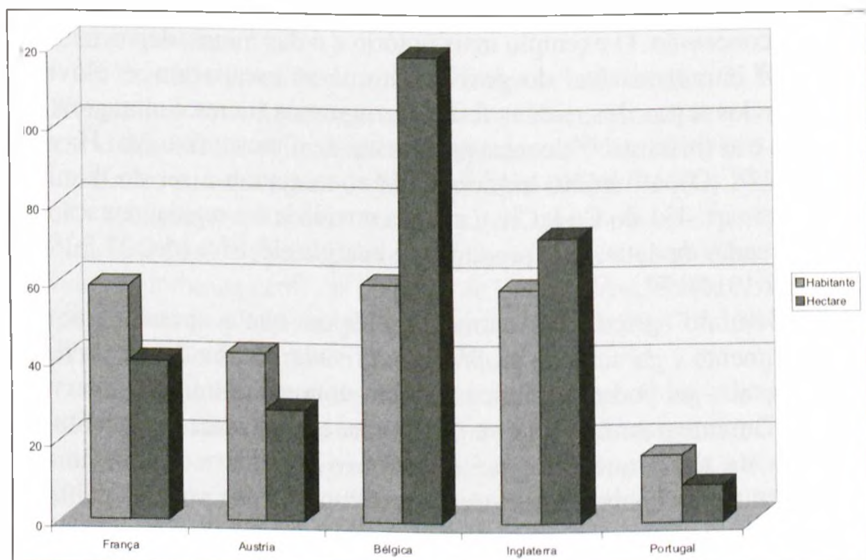
[1406] Marnoco e Sousa, *Lições de economia social*, cit.,, II, n.º 429; CL 25.7.1850 (D. e Reg. 9.12.1853); CL 26.2.1892; CL 1.8.1898. Administração das minas – D.5.10.1859 (Conselho Especial de Minas); D. 20.10.1859 (distritos mineiros e seus inspectores). Sobre a pesquisa de minerais, Cód. Civil 1867, 465; exploração pelo proprietário da terra, *ibid.*, arts 2321 ss.. Sobre os conflitos entre o direito de propriedade sobre o solo e os direitos do Estado sobre o subsolo, v. Alberto Guedes Coutinho Garrido, *Dissertação inaugural para o acto de conclusões magnas na Faculdade de Direito: Quais os limites da acção do Estado em relação à industria mineira*, Coimbra, 1868.

[1407] Para o ultramar, D. 29.12.1898

[1408] Sobre a exploração das águas termais e minerais, P. 10.3.1860; P. 13.10.1866.

Portugal tinha inculto 49% do seu território, ou seja, o dobro da percentagem europeia. O arroteamento de novos terrenos era lento; os processos de cultivo, antiquados; as importações de produtos alimentares atingiam 1/3 das importações totais; a produtividade cerealífera era baixa; o rendimento agrícola era baixíssimo, tanto em função da população, como em função da área cultivada[1409].

Rendimento agrícola – por habitante e por hectare (c. 1900)



(Fonte, Marnoco e Sousa, *Lições de economia social*, cit., II, 907)

Neste domínio, as medidas explicavam-se justamente pela necessidade de prover aos défices referidos. Por vezes, apenas por meio da concessão de incentivos ou de isenções fiscais; por outras, através da garantia de preços políticos; em alguns casos, recorrendo a medidas mais invasivas, como a expropriação ou a concessão administrativa da propriedade. Em qualquer dos casos, porém, recorrendo a medidas que estavam fora do horizonte de uma economia liberal. Assim – e a título apenas exemplificativo – autorizou-se o registo predial provisório aos que arroteassem terras incultas (Carta de lei 1.7.1863, art. 53); concederam-se benefícios

---

[1409] Cf. Marnoco e Sousa, *Lições de economia social*, cit., ns. 437-438.

fiscais aos proprietários que arroteassem ou irrigassem terrenos (DD. 3 a 5, de 30.11.1892; fomentou-se a florestação, prevendo a expropriação por utilidade pública, quando necessário (D. 25.11.1886); no contexto conjuntural da crise da filoxera e do míldio, promoveu-se o repovoamento das vinhas devastadas pela filoxera (n.° 8 e 9, de 30.11.1892), bem como a importação de sulfato de cobre, para tratamento do míldio (L. 27.7.1893; criaram-se formas de garantir a qualidade dos adubos (D. 9.12.1898); garantiu-se o preço do trigo nacional (L. 14.7.1899).

Para além destas medidas, promoveu-se do associativismo agrícola (L. 3.4.1896), criando-se a figura dos sindicatos agrícolas (dec 5.7.1904; Carta de lei 4.4.1906); reorganizou-se o crédito agrícola por meio da reforma dos celeiros comuns (1852; 7.7.1898); estabeleceram-se adegas sociais (D. n.° 7, de 30.11.1892); criou-se um mercado central dos produtos agrícolas (dec 21.6.1900; modif. dec 24.12.1901; dec 17.8.1912).

Finalmente, o domínio da indústria manufactureira.

O Estado mantinha, desde o período pombalino, alguns estabelecimentos fabris. A política desde o início do liberalismo foi, muito consequentemente com os ideais liberais, a da alienação, concessão ou arrendamento dos estabelecimentos fabris[1410]. Mantidas, apenas as do domínio militar[1411-1412].

Para os finais do século, a questão industrial já não se pões nos mesmos termos. A época da concessão do proteccionismo, dos privilégios ou do condicionamento industrial – em tempos a cargo da Real Junta do Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegação, extinta em 18300 (D. 30.6) – passara de vez. Mas também passara a cega confiança na suficiência da iniciativa privada, sobretudo quando se tratava de, para além de colmatar enormes défices nacionais neste domínio, lançar a indústria portuguesa numa nova senda, a da grande indústria, concentrada e mecanizada, sobre

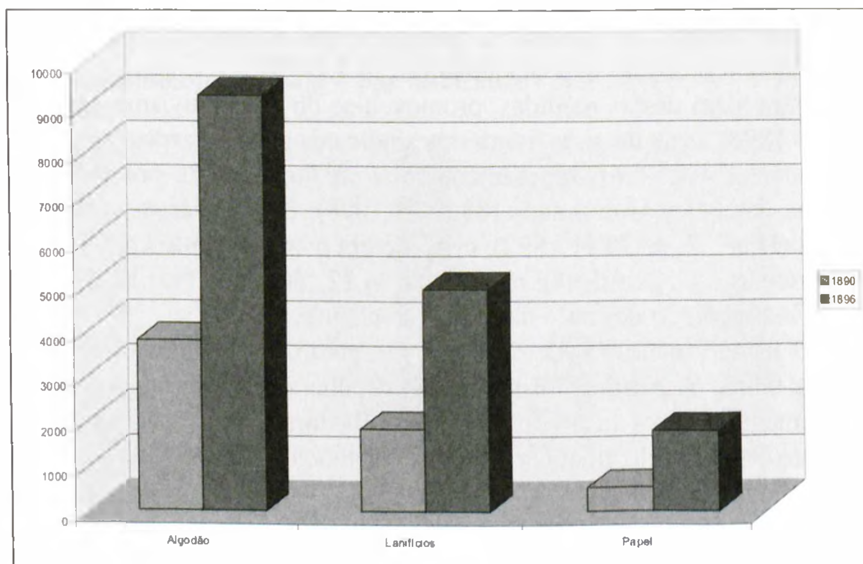
[1410] Proposto o arrendamento das de lanifícios da Covilhã, Fundão e Portalegre (Edit. 8.2.1820); arrendada a fiação do Campo Pequeno, Ord. 27.4.1821); arrendada a de vidros da Marinha Grande, arrendada (D. 8.6.1827; L. 11.7.1849; 9.1.1864); arrendada a de tecidos de seda de Cachim (P. 29.1.1838); arrendadas as ferrarias da Foz do Alge (P. 14.1.1839); vendida a de papel de Alenquer, (L. 23.7.1850); arrendada a de Tijolos da Cova da Moura (27.1.1853);

[1411] Como a da pólvora da Barcarena, anexada ao arsenal do exército, 29.12.1849.

[1412] O Estado também tinha monopólios, dos quais o mais importante era o do tabaco e sabões.. Fugazmente abolido em 1830 (D. 17.6.1830), é restabelecido D. 21.4.1832 e logo contratado ao Barão de Quintela, D. 10.12.1832. É de novo abolido em 1864 (L. 13.5).

cujas vantagens não se tinham as menores dúvidas[1413]. O que, como se vê do gráfico seguinte, até certo ponto se estava a verificar.

Evolução da força motriz (em HP) da indústria manufactureira (1890-1896)



(Fonte: Marnoco e Sousa, *Lições de economia social*, n.° 443).

Mas, não pretendendo o Estado retomar uma política de indústria pública, tudo o que havia a fazer era criar um enquadramento legal que permitisse um desenvolvimento saudável das novas empresas industriais. Isto tinha que ver, em parte, com a protecção da propriedade industrial, o que agora acontece, tanto no âmbito do Código civil de 1867, como legislação ulterior[1414]. Tinha, depois, a ver com uma atitude mais benevolente para com as formas de cartelização, de agremiação e de associação de empresas, a que já nos referimos. E tinha, finalmente, a ver com um tratamento jurídico da questão social que evitasse as rupturas do tecido empresarial. A isso dedicamos o próximo capítulo.

[1413] Marnoco e Sousa, *Lições de economia social*, cit., n.° 442.

[1414] Arts. 613-649 do Código civil; D. n.° 12, de 30.9.1892; D. n.° 6, de 15.12.1894.

15.7. A questão social

"A Revolução Francesa foi acentuadamente burguesa. Quase toda ela obra da burguesia, só o progresso desta conduziu – escreve Ruy Ulrich, no início do séc. XX[1415], num texto colorido de muitos dos ingredientes da antropologia positivista – [...] Na maioria dos casos os interesses do proletário não foram tomados em consideração". Mas os tempos iam mudando, começando a desenvolver-se uma "regulamentação do trabalho [...] com um fim multo diferente e mais humano, para proteger o operário e poupar as suas forças, conservar a sua inteligência e o vigor da raça contra toda a exploração, mesmo aparentemente legitimada pelo regímen da livre concorrência". Depois dos seus inícios na Inglaterra (em 1802), a legislação de protecção aos trabalhadores acabara por ganhar direitos de cidade mesmo nesse monumento da pandectística que era o *Bürgerliches Gesetzbuch*, de 1900. Este novo movimento legislativo – muito impulsionado pelo congresso de Berlim (de 15-29.3.1890), em que o *Kaiser* procurara estabelecer acordos internacionais para uma nova política industrial e laboral[1416] – procurava: chamar patrões, operários e Estado na elaboração de um regime industrial mais justo e eficiente; favorecer as associações operárias; regular o trabalho, especialmente os dos menores e mulheres; restringir a liberdade negocial no contrato de trabalho; instituir serviços estaduais de inspecção do trabalho; melhorar as condições de vida das classes trabalhadoras. Na verdade, do que se tratava era de promover o trabalho da categoria de mercadoria, a que o condenara a tipificação romana de *locatio conductio operarum* [arrendamento de trabalho], a elemento qualificador e tipificador de um contrato autónomo[1417].

Em Portugal, a evolução fora tardia, mas rápida.

O decreto ditatorial de 10.2.1890 (ratificado pela Carta de lei de 7.8.1890 – depois complementados pelo dec. de 14.4.1891 e pelo Reg. 16.3.1893 – regulamentaram o trabalho de mulheres e menores em estabelecimentos fabris de qualquer espécie, estabelecendo uma idade mínima de 12 anos, excepto em certas indústrias especiais[1418]; nas minas, a idade

---

[1415] *Legislação operaria portugueza*, Coimbra, 1906, 12.

[1416] Este congresso foi seguido por uma série de iniciativas internacionais, públicas, académicas ou laboristas, no sentido da reforma das leis do trabalho (cf. R. Ulrich, *Legislação operária*..., cit., 21 ss.; mais profundamente, Klaus Witte, *Bismarcks Sozialversicherungen [...]*, cit.).

[1417] Cf. G. Cazzetta, "L'autonomia del diritto del lavoro [...]", cit., 109 ss..

[1418] E, mesmo aí, só com prova de frequência regular da escola e horário máximo

mínima era de 14 anos nas minas, com um horário máximo de 6 horas, para menores dos 14 aos 16 anos. Instituiu-se o descanso de 4 semanas para parto, além de se ter tornado obrigatória a criação de creches nas fábricas com mais de 50 mulheres. Algumas desta medidas protectoras do trabalho de mulheres e crianças foram retomadas em legislação relativa a certas indústrias, como a construção civil (D. 6.6.1894; D. 20.10.1898), em que, além de se fixar a idade mínima de 12 anos, se instituía um horário máximo de 10 h., o descanso semanal e a proibição do trabalho nocturno).

Ainda assim, havia zonas muito importantes de trabalho infantil e juvenil que escapavam a esta regulamentação, justamente por carecerem da natureza "fabril" ou "de massa" que aparecia como central na "questão social". Era o caso dos trabalhos em lojas (os "marçanos", os empregaditos de balcão, os moços de fretes), do trabalho doméstico, do trabalho agrícola ou do emprego em escritórios (os "mandaretes").

Para verificar o cumprimento destas regras foi criada uma inspecção do trabalho, a cargo da Direcção Geral do Comércio e Indústria do Ministério das Obras Públicas, Comércio e Indústria (dec n.°1, de 24.12.1901, arts. 4 e 5)[1419].

Já o trabalho dos adultos continuou, em Portugal, sujeito a um regime de plena liberdade contratual[1420], sem limite de horário de trabalho, nem fixação de descanso semanal, mesmo quando estas garantias já tinham sido fixadas em Inglaterra[1421], em França (1848), na Suiça (1974), na Áustria (1855), na Noruega, nos EUA, na Espanha (para o descanso semanal) e mesmo na Rússia (1897).

Algumas normas de segurança no trabalho foram introduzidas pelo referido dec de 14.4.1891, relativas a focos infecciosos, insegurança de andaimes ou máquinas, cadinhos de metal em fusão, segurança de elevadores e monta-cargas, etc.),

Porém, o reconhecimento da existência de uma "questão social" não chocava apenas com a ideia de um Estado *gendarme*. Chocava ainda com

de 6 horas. Para a verificação do cumprimentos das obrigações escolares dos menores, é criado um sistema de cadernetas individuais, em que os professores registavam a assiduidade e cumprimento escolar do menor.

1419 Para detalhes, Ruy Ulrich, *Legislação operaria...*, 47 ss..

1420 Com excepção dos operários da indústria tabaqueira, cujo contrato colectivo, aprovado por Carta de lei de 23.3.1891, estabelecia uma jornada de trabalho de 8 horas (base 9, al. C), n.° 2).

1421 "Eight hours to work, eight hours to play, Eight hours to sleep, eight shillings a day", era a reivindicação das *Trade Unions*.

uma concepção puramente individualista das relações de trabalho. Isto porque, constatando o carácter falacioso da igualdade formal em que se baseava a constituição económica liberal, procurava introduzir mecanismos associativos operários que servissem de contrapeso ao maior poder económico, social e político dos patrões. Com isto, operava-se uma revolução completa na política do direito relativa ao associativismo. A anterior, caracterizada pela antipatia a toda a espécie de associativismo profissional, que entravasse a liberdade individual de trabalhar e de contratar as condições do trabalho[1422]. A nova, promovendo o associativismo, substituindo o contrato individual ao contrato colectivo, por vezes ratificado pela sanção de uma lei, restringindo o poder regulamentar dos patrões (ou, pelo menos, sujeitando-o a homologação compromissória ou estadual)[1423].

Este favor da parte mais fraca manifestava-se, desde logo, na organização estadual de instâncias mediadoras do contrato de trabalho, como (teoricamente) o eram, em Portugal[1424], as bolsas de trabalho, destinadas a "servir de intermediários entre a oferta e a procura de trabalho" (dec 9.3.1893, art. 1; reg. 25.5.1893). A verdade é que estas bolsas, criadas por iniciativa de Bernardino Machado, nunca funcionaram.

Mais decisiva era, porém, a questão da legitimidade das associações operárias.

A posição liberal ortodoxa tinha sido paradigmaticamente acolhida em França onde, pela lei de 13.9.1791, tinham sido abolidas as corporações, sendo a sua reconstituição ou a formação de qualquer associação profissional tornada crime pelo Código Penal de 1810. Em Inglaterra, também as corporações são extintas em 1799. E, em Portugal, segue-se o mesmo caminho, em 1834, como já se disse. Na Europa central, em contrapartida, o estabelecimento da liberdade de indústria nem sempre importou a extinção da anterior organização corporativa[1425] o que, paradoxal-

---

[1422] Digesto das críticas anti-individualistas ao regime liberal do contrato de trabalho em Ruy Ulrich, *Legislação operaria* [...], 120 ss.. Sobre a legitimidade de estabelecimento de um salário mínimo, *ibid.*, 177 ss.. Mais uma vez, foi no domínio da indústria tabaqueira, sujeita a monopólio estadual, que se avançou primeiro. A Carta de lei de 22.5.1888, que regulou a *régie* dos tabacos, a prover normas sobre tabelas salariais (*ibid.*, 193)

[1423] Sobre esta questão do carácter contratualmente vinculativo dos "regulamentos de oficina", v. Ruy Ulrich, *Legislação operaria* [...], 132 ss..

[1424] Desde o dec. 1.12.1892.

[1425] Foi o que se passou na Áustria, na Hungria, na Alemanha, na Suécia, na Dinamarca.

mente, facilitou o trânsito para uma concepção pós-individualista das relações de trabalho. Em contrapartida, nos países em que o liberalismo assumiu formas mais radicais neste domínio, a restauração das associações profissionais foi mais tardia, lenta e difícil. Em França, voltam a ser permitidas em 1884; nos Estados papais, em 1852.

Em Portugal, o direito de associação foi surgindo gradualmente [1426]. Em 1859, a portaria de 16.7 reafirmava o princípio de que "nenhuma associação, ainda que seja religiosa, pode constituir-se sem licença do governo e aprovação dos seus estatutos". Na década de '50, começam a aparecer associações mutualismos ou de socorros mútuos[1427]. Embora a constituição de associações continue a necessitar de autorização administrativa, sob pena de caírem sob a alçada da lei penal (cf. art. 282 do Cod. pen. de 1852), de socorros mútuos (dec 2.10.1896), de sindicatos agrícolas (CL. 3.4.1896). Porém, as associações de classe só foram reguladas pelos decs. de 7.4.1864 e de 9.5.1891[1428], que as sujeitava a aprovação prévia dos seus estatutos (pelo Ministério das Obras Públicas, Comércio e Indústria), dos quais deviam constar normas que limitavam muito as suas finalidades e as sujeitavam a uma permanente vigilância estadual. As razões dos receios estão claros no relatório do decreto de 1891: as associações deviam ocupar-se "unicamente dos interesses profissionais e manter-se alheias à política", desde logo se pondo claro que "para aquelas que se desviarem do fim especial, para que foram instituídas, há neste projecto de decreto e na legislação geral os necessários meios de repressão". No entanto, a doutrina mais atenta aos novos tempos – como a representada por José Tavares – chegue a considerar esta necessidade de uma aprovação governamental da constituição e estatuto das associações como contrário ao "mais científico sistema legislativo do direito de associação". Embora, como muitos outros autores da época considere que ao Estado, como forma orgânica suprema da comunidade, cumpra, através do poder legislativo, regular o estatuto das outras unidades orgânicas inferiores[1429].

Por maioria de razão, o instrumento que materializava essa força colectiva dos operários – o direito à greve – não é estabelecido em Por-

---

[1426] Silvestre Pinheiro Ferreira, *Projecto da associação para o melhoramento das classes industriosas*, cit. (1840).

[1427] V.g., dos empregados do Estado, Carta de lei 23.6.1857.

[1428] Das sociedades, as únicas que tinham que obter autorização governamental eram os bancos (CL. 3.4.1896, art. 18, § un.).

[1429] *Das sociedades comerciais...*, cit. p. 13.

tugal senão com a República, em 1910, antes sendo punido pelo art. 277 do Código Penal de 1852, situação que se manteve no Código Penal de 1886, o que tornava de Portugal e da Rússia os dois únicos países da Europa a punir a greve, no início do séc. XX. Porém, o *lock-out* só era punido quando visasse fazer descer os salários[1430].

Perante esta desigualdade de regime, ao Ruy Ulrich clama que "Chega a repugnar o manifesto do Código [Penal] a favor dos patrões" (*ibid.*, 408), o circunspecto penalista Visconde de Paiva Manso (Levi Maria Jordão, 1831-1875) nota que tal dissemelhança de regime penal entre a coalizão dos operários e a coalizão dos patrões destrói o próprio princípio da igualdade que constituía o sacrário das concepções liberais da livre concorrência da livre contratação[1431].

Em contrapartida, a partir do dec de 9.5.1891, entendia-se que as associações profissionais podiam negociar contratos colectivos de trabalho; embora, por falta de regulamentação, e em virtude da antipatia da constituição económica liberal a qualquer des-individualização da contratação, o ponto continuasse a ser indeciso[1432].

Também no domínio jurisdicional se manifestava a especialidade do direito do trabalho, em aberto conflito com os princípios liberais clássicos da generalidade da função jurisdicional. Corroído já por uma outra visão, organicista e corporativa, da sociedade[1433], o princípio do universalismo da jurisdição é afastado, no direito do trabalho, pela inadequação da justiça oficial, lenta e cara, a uma adequada protecção dos trabalhadores. É assim que surge a instituição dos árbitros avindores (em França, 1848; na Prússia, 1827; na Alemanha, 1871; na Bélgica, 1859; na Áustria, 1869; na Suiça, 1892; na Hungria, 1848; na Itália, 1893). Em Portugal, tais tribunais são

[1430] A greve foi permitia em Inglaterra, 1824; em França, 1824; na Bélgica, 1866, em Itália, 1889. Mas, em todos os casos, estava proibida a violência contra os não grevistas ou sabotagem das instalações. Sobre o tema, Ruy Ulrich, *Legislação operaria* [...], 401 ss..

[1431] "Semelhante redacção [do Código Penal de 1886] dá um resultado absurdo, destruindo o princípio da igualdade, que deve existir entre os trabalhadores e aqueles que os empregam. Se uns só devem ser punidos, quando a baixa no salário for produzida "abusivamente", também os outros devem ser punidos somente, quando a elevação for produzida "abusivamente"" (cit. por Ruy Ulrich, *Legislação operaria* [...], 409).

[1432] Ruy Ulrich, *Legislação operaria* [...], 465 ss..

[1433] Que levara Alberto dos Reis a defender que "a única proposição, que é lícito estabelecer, é que a cada grupo de fenómenos jurídicos, suficientemente individualizado e diferenciado, deve corresponder um órgão judiciário privativo" (cit. Por Ruy Ulrich, *Legislação operaria* [...], 305.

instituídos pela Carta de lei 14.8.1889[1434], constituídos por membros eleitos, com uma competência especializada em questões laborais e com um processo desburocratizado. No entanto, um destes tribunais foi efectivamente criado, por iniciativa de Bernardino Machado, em Lisboa; seguindo o exemplo as Câmaras Municipais de Coimbra e da Covilhã.

1434 Regulada pelos dec. 19.3.1891; 14.4.1891; 18.5.1893; 22.6.1905 e 2.9.1905.

16. CONCLUSÃO

Percorremos, nas secções anteriores, diversas manifestações do imaginário do Estado, desde os finais do séc. XVIII até aos inícios do séc. XX.

O primeiro deles, típico da primeira fase liberal, foi o do republicanismo[1435]. A base do pensamento republicano era a ideia de governo pela lei, com a correspondente reacção contra dependências particulares. A liberdade, para os republicanos, era a exclusiva submissão ao "jugo da lei". A ideia de governo pela lei pressupunha o estabelecimento de uma regra de vida comum, dominada pela ideia de interesse público, uma espécie de pacto cívico, ao qual todos se deveriam subordinar. Desta forma, a única dependência compatível com o estado de república havia de ser a dependência em relação ao interesse público, promovida internamente pela virtude cívica e imposta externamente pela lei. Todas as outras formas de dependência – que, então, seriam dependências em relação a interesses privados – estavam excluídas. Nisto consistia a liberdade[1436].

Já o "estadualismo" da segunda metade do séc. XIX tinha uma outra genealogia, embora a fronteira entre os dois apareça por vezes esbatida por uma cobertura linguística equívoca e por um fundo de ideias algo sincrético. A ideia de sociedade como organismo, baseada no princípio da solidariedade, vinha do pensamento romântico e, depois, da sociologia conteana. Desta provinha também a ideia de que o Estado devia ser um pólo racionalizador da sociedade, pelo menos sempre que o instinto natural solidário dos homens não bastasse para realizar a harmonia social. Esta mesma ideia de Estado como pólo racionalizador encontrava-se também na filosofia política e hegeliana. Para Hegel, como se sabe, o Estado era, antes de mais, uma ideia. Uma ideia de organização social racional, a

---

[1435] Cf., *supra*, 11.2.2.

[1436] Cf., v.g., Ricardo Leite Pinto, "Neo-Republicanism": A Critical Introdution, Paper for Workshop 2 "The History of Political Concepts" at ECPR Joint Sessions, Copenhagen, 14-19 April 2000, http://www.essex.ac.uk/ecpr/jointsessions/ Copenhagen/ /papers/ws2/pinto.pdf.

síntese dos interesses contraditórios que se exprimem na sociedade. Neste sentido, paralelamente a existir como um conjunto de instituições externas, o Estado existiria dentro de cada um, como um critério de distinção entre interesses legítimos e interesses ilegítimos; este Estado interior constituiria, assim, um padrão ético ("Estado ético")[1437]. Daqui colheu o pensamento político autoritário dos sécs. XIX e XX, tanto as concepções políticas organicistas, como a ideia de natureza ética do Estado[1438].

Nascido na Alemanha, um ambiente cultural e social pouco tocado pelo liberalismo anglo-saxónico, o estadualismo pós-liberal, abandona o imaginário da mão invisível, realçando, pelo contrário, a necessidade de intervenção activa do Estado na prossecução da harmonia social e na realização do bem público. Na teoria económica, isto manifesta-se na ideia de que a uma desordem económica "natural" se devia impor uma ordem económica "nacional" (a *Nationalökonomie*, que o historicismo alemão opõe à economia liberal clássica)[1439], dirigida, não para a felicidade indi-

---

1437 "Der Staat an und für sich ist das sittliche Ganze, die Verwirklichung der Freiheit und damit das Ziel der Weltgeschichte" [O Estado, em si e para si, é a totalidade moral, a realização da liberdade e, com isto, o fim da história]" (Georg Wilhelm Friedrich Hegel, cit. por Wolfgang Reinhard, *Geschichte der Staatsgewalt[...]*, cit. 15..

1438 A publicística portuguesa da segunda metade do séc. XIX recolhe estas ideias "institucionalistas " do Estado. Isso é claro em Emídio Garcia (cf. *Apontamentos de algumas prelecções de sciencia politica e direito politico*, colligidos por Pe. A. Camello e Abel D'Andrade, Coimbra, 1893, p. 5 a 19), José Frederico Laranjo, em Marnoco e Sousa e em Guimarães Pedrosa. Veja-se, deste último, o seguinte trecho: "Do que fica dito deriva que a instituição humana – o Estado –, pelo que respeita à sua origem, deve considerar-se um facto natural e necessário, e não um mero acto livre das vontades individuais, visto que a convivência humana, fenómeno que determina necessariamente o Estado, é igualmente um fenómeno natural e necessário, que deriva de um impulso irresistível da natureza humana, – a sociabilidade [...]. Não queremos dizer que na realização concreta do estado não intervenha a vontade humana, pois que o estado assim como a família são [...], a obra combinada da natureza e do homem; mas essa intervenção é apenas a de um elemento que se manifesta na formação do Estado, pois que a vontade dos homens, considerado cada um de per si, jamais lhe deu vida ou o constituiu. Deste modo nos afastamos das escolas que assentam a origem do Estado na manifestação da vontade humana pelo assentimento comum, contrato ou pacto social, tal como esta doutrina era recebida nos séculos XVII e XVIII, e como ainda a aceitam escritores dos fins do século XIX, por exemplo, Hauriou" (p. 41). Além de M. Hauriou, apoia-se em V. E. Orlando e L. Duguit.

1439 Menger, Karl (1902-1985); Schmoller, Gustav von (1838-1917); ramo francês, Pierre Emile Levasseur, 1828-1911; Charles Gide, 1847-1932 Para uma introducção, com dados teóricos, biográficos e textos, http://cepa.newschool.edu/het/ [200.06.10]; http://staff-www.uni-marburg.de/~multimed/theorie/nationaloekonomie.html [2004.06.10].

vidual, mas para o bem-estar colectivo. Na teoria política, pela explícita recusa do "atomismo liberal", dissolvente da solidariedade natural, da busca do interesse público e da ordem social. As ideias de dirigismo económico, social e político são, agora, as linhas orientadoras do imaginário político e constitucional. A razão dissocia-se de novo da natureza, autorizando modelos constitucionais e políticos disciplinadores. Todo o instrumentário conceitual e dogmático do liberalismo político é posto expressamente em causa: soberania nacional, direitos individuais, representação sufragística, separação de poderes, primazia do legislativo sobre o executivo.

O próximo passo, a que já não assistiremos neste período, é a ascensão das ideias totalitárias do Estado.

O que acontece, porém, para que deste estadualismo tardo-oitocentista – apesar de tudo moderado, que se limitava a querer ser o guia da mão invisível – se possa passar aos modelos totalitários de Estado, modeladores autónomos e totais da sociedade, que virão a surgir na primeira metade do séc. XX, justamente nesta Europa ocidental? Paradoxalmente, sem grandes comoções doutrinais.

A publicística do fim do século combinara a ideia do poder absoluto e soberano do Estado com o princípio do primado do direito, através da ideia de que Estado de Direito é aquele que "quer na forma do direito", ou seja, que quer sob a forma de lei. Assim, realizava o modelo de Estado de Direito qualquer Estado que actuasse nos limites lei que ele próprio criara. Isto quer dizer que os limites à acção do Estado não se colocavam, agora, no plano legislativo – em que tendia a prevalecer um decisionismo, comandado por uma livre apreciação governamental da oportunidade –, mas apenas no plano do executivo e do administrativo (ainda assim, salvaguardada a plena discricionariedade dos actos políticos)[1440]. Como refere Pietro Costa, na sua síntese sobre este ponto, "definir um Estado como «Estado de Direito» no novo contexto significa, substancialmente, afirmar os seguintes pontos: (a) o «Estado de Direito» não é o Estado fundado sobre os direitos ou funcional à sua tutela; é um Estado cuja vontade se exprime sob a forma do direito, mantendo-se ilimitados os

[1440] Sobre o que se segue, v., abaixo, cap. 11.4.6; também, A. M. Hespanha, recensões a Paolo Grossi (dir.), *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica* (= *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 28/29[1999]), Milano Giuffrè, 1999 (obra a cujos ensaios se referem as citações feitas no texto); e Paolo Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico*, Milano, Giuffrè, 2000, ambas em *Themis*, 2 (2001).

conteúdos da decisão e extensão da sua intervenção[1441]; (b) o «Estado de Direito» é uma fórmula que tem a ver não com a constituição, mas com administração, sugerindo aquela ideia de «justiça na administração» em relação à qual o regime não nutre reservas insuperáveis; (c) o «Estado de Direito» pressupõe uma nítida distinção entre liberdade privada e liberdade política [...]".

Quando chegamos ao início do séc. XX, assistimos, na Europa ocidental, a modificações tão radicais das ideias políticas que duvidamos que o conceito estabelecido de Estado de Direito lhes possa sobreviver. Não porque se atenue a relevância ideológica do Estado. Mas antes porque esta cresce tanto que parece ameaçar a ideia de direito, entendida como forma de garantia de interesses dos cidadãos. Referimo-nos ao advento das ideias totalitárias de Estado, a começar pelo fascismo, sedeado justamente num país em que a ideia de Estado de Direito tinha sido, como se disse, muito trabalhada. No entanto, o pensamento jurídico constitucional do século XIX permitia bem uma transição doce entre o princípio do Estado de Direito, formulado nos termos citados pela publicística alemã e italiana[1442] da segunda metade do século, e a concepção de Estado total não limitado pelos direitos individuais, típica dos fascismos das primeiras décadas do séc. XX. Na verdade, desde que sujeita a um cuidado trabalho cosmético, a expressão "Estado de Direito" pôde ser adoptada para incluir o Estado fascista, embora o conceito perdesse necessariamente a posição central de que gozava na perspectiva característica da tradição jurídica liberal: se para o jurista liberal o «Estado de Direito» se podia pôr no centro da «semântica desta diarquia», para o jurista do fascismo, o «Estado de Direito» tem, de facto, direito de cidadania no léxico político do regime, sob condição de assumir nele uma posição «descentrada», fazendo parte de um campo semântico cujo centro é ocupado agora por outras expressões, entre estas aparecendo com uma crescente frequência «Estado totalitário», com a qual o «Estado de Direito» deve, de qualquer modo, demonstrar ser compatível"[1443]. E, de facto, uma coisa pôde jogar com outra no âmbito da dogmática do direito público, em Itália, como em Portugal.

[1441] Ou seja, como diz Guimarães Pedrosa, os direitos "encontram reconhecimento ou protecção nas normas jurídicas, mas numa situação de subordinação ao interesse público"; são, como refere, citando Santi Romano, "direitos enfraquecidos". Pedrosa, 1908, 221.

[1442] Nomeadamente, Vittorio Emanuele Orlando [1860-1952] e o seu discípulo Oreste Ranelletti [1868-1956).

[1443] Cf. Paolo Grossi (dir.), *Continuità e trasformazione[...]*, cit., I, 79/80.

Embora o legislativo – agora nem sempre a cargo do Parlamento – ficasse tendo um poder absoluto e soberano, o princípio do Estado de Direito – ainda que apenas eficaz no plano do controle dos actos do executivo – não deixava de constituir um limite importante de protecção do direitos dos cidadãos numa época em que actividade interventora do Estado[1444] acelera o alargamento e institucionalização de funções administrativas estaduais de intervenção social. Como da ideologia do regime fazia também parte uma nítida salvaguarda do direito de propriedade, o garantismo contra os poderes da administração justifica a preservação da concepção de "Estado de Direito", na limitada versão a que nos vimos referindo.

Seja como for, algo agora fica claro: estes direitos que o Estado concede aos indivíduos (e que eventualmente tutela) não têm uma origem pré- ou extra-estadual. Quem está limitado por eles não é o Estado, mas sim um sector (subordinado) da actividade do Estado – a administração, o judiciário. Por outro lado, é claro que o Estado de Direito, assim concebido, não põe grandes exigências no plano da democracia ou da participação política (das liberdades políticas). Nada se diz sobre quem faz a lei ou sobre os limites da lei; apenas se insiste na obrigação de esta ser cumprida, uma vez promulgada. Com a referência à ideia de Estado de Direito, o que se estava, de facto, a realçar era o carácter não arbitrário, regulado, previsível, da sua actividade governativa, na qual a liberdade podia ser sujeita a restrições, dado o carácter dominante do interesse público, "traduzido no comando geral que é a lei"[1445], mas não podia ser ofendida pelo arbítrio dos governantes.

Por isso é que o filão da construção liberal do Estado, simbolizado por V. Orlando, permaneceu sobretudo vivaz no domínio do direito administrativo (Santi Romano e Oreste Ranelletti), onde a manutenção do princípio da legalidade da administração permitiu continuar a considerar que o Estado fascista se conformava com o princípio básico do Estado direito, ou seja, com a limitação da actividade estadual (nomeadamente, da actividade administrativas do Estado) pela sua própria lei[1446].

1444 Obras públicas, organização do serviço administrativos, primeiras intervenção dos estaduais em domínios sociais como a educação e assistência) se estava a desenvolver muito rapidamente. Com o fascismo, o exponencial desenvolvimento da "governação" (no sentido foucaultiano de dispositivos de "governo pastoral")

1445 F. Ercole, *Istituzioni di diritto pubblico. Il nuovo diritto pubblico italiano*, 1929, cit. em Paolo Grossi (dir.), *Continuità e trasformazione[...]*, cit., I, 85.

1446 Cf. Fulco Lanchester, "La dottrina costituzionalistica italiana tra il 1948 e il 1954", Paolo Grossi (dir.), *Continuità e trasformazione[...]*, cit., I, 752.

Já os constitucionalistas (sobretudo Costantino Mortati) foram mais inovadores. Partiram da crítica sociologista e realista[1447] aos dogmas metafísicos da construção liberal do Estado[1448]. Combinaram-na com a consideração da patente crise (sociológica e política) do Estado parlamentar-representativo[1449]. E desembocaram numa doutrina da constituição orientada por princípios como o carácter orgânico (e não convencional) do Estado, a natureza material (e não pactícia) da constituição, o sentido também orgânico (e não voluntário) da representação.

De qualquer modo, à mão invisível fora vestida agora uma luva de bronze que, para além de lhe restringir a liberdade, a tornava finalmente numa entidade designável e susceptível de ser expressa e abertamente orientada.

[1447] Nomeadamente francesa: Émile Durkheim, León Duguit.

[1448] Contrato social, soberania, direitos subjectivos, representação (parlamentar), constituição (formal). Sobre as influências "realistas", cf. A. M. Hespanha, *Cultura jurídica europeia [...]*, 294 ss..

[1449] Cf., *supra*, cap. 13.

17. ANEXOS

17.1. Esboço da história do ensino do direito constitucional em Portugal no séc. XIX

Em 1878, Lopes Praça (1844-1920) admitia a pobreza da literatura jurídico-constitucional. Realçava a herança do Antigo Regime no ensino do direito público, nomeadamente do livro I das *Institutiones iuris civilis*[1450], de Pascoal José de Melo Freire, que se tinham mantido, até bastante depois da Revolução, como compêndio adoptado para o estudo do direito pátrio[1451-1452], ponderando, porém, que, no domínio do direito constitucio-

[1450] *Institutiones Iuris Civilis Lusitani, cum Publici tum Privati*, 4 tomos, Lisboa, 1789.

[1451] Foram adoptadas em 1805 (Aviso Régio de 7.5) como compêndio das duas cadeiras de direito pátrio criadas nesse ano. Serviram ainda, como manuais destas cadeiras, as *Prelecções de Direito Patrio Publico e Particular*, de Francisco Coelho de Sousa Sampaio, impressas em 1783, e, de Ricardo Raimundo Nogueira, as *Prelecções de Direito patrio, que fez no anno lectivo de 1795 a 1796*, publicadas postumamente no *Instituto. Jornal scientifico e litterario* de Coimbra, 6-8 (1858-1860) (cf., sobre as ideias constitucionais deste autor, Nuno Espinosa Gomes da Silva, "Um pequeno manuscrito de Ricardo Raimundo Nogueira [...]", cit.).

[1452] Sobre o ensino do direito constitucional em Portugal, v. J. J. Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta [...]*, cit., I, LXXI ss.; José Frederico Laranjo, *Princípios direito político e direito constitucional portuguez [Livro 1.°] – Fascículo 1.°. Introdução*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1907, p. 72 ss.; e Manuel Paulo Merêa, "Esboço de uma História da Faculdade de Direito. 1.° período: 1836-1865", *ibid.*, 28(1952), 99-180; Id., "Esboço de uma História da Faculdade de Direito. 2.° período: 1865-1902", *ibid.*, 29 (1953), 23-197. Sobre o ensino do direito, em geral, em Portugal, v., por último, Mário Júlio de Almeida Costa, «Leis, Cânones, Direito», *Dicionário de História de Portugal*, dir. Joel Serrão, Lisboa, Iniciativas Editoriais, III, pp. 453-471, e «O Ensino do Direito em Portugal no Século XX. Notas sobre as Reformas de 1901 e de 1911», in *Boletim da Faculdade de Direito*, XXXIX, pp. 31-106, Coimbra, 1963; com mais detalhe, Paulo Merêa, "Lance de Olhos sobre o Ensino do Direito (Cânones e Leis), desde 1772 até 1804", *Boletim da Faculdade de* Direito, 33(1957), 187-214; "Esboço de uma História da Faculdade de Direito. 1.° período: 1836-1865", *ibid.*, 28(1952), 99-180; "Esboço de uma

nal, o texto era, agora, de pouca utilidade. A obra de Silvestre Pinheiro Ferreira, que comentara a *Constituição de 1822*[1453] e a Carta Constitucional[1454] – bem como o desenvolvido projecto de reforma das *Ordenações*[1455] e o *Projecto de Código Político*[1456] – seria também inadequada para o estudo, pela falta de sentido prático do autor e pelo carácter difuso e prolixo do seu estilo. Restava, segundo Praça, o recurso às próprias constituições, a tratar segundo o método exegético, complementado com o estudo do *Diário das Cortes* e de alguma outra imprensa publicista[1457]. O próprio Lopes Praça se encarregara de prestar um importante contributo, não apenas ao publicar a sua importante *Collecção de leis e subsídios para o estudo do direito constitucional portuguez*[1458], mas também ao ensaiar o primeiro estudo sistemático da Carta Constitucional[1459].

Tinham sido, entretanto, publicadas obras sobre direito constitucional. Logo em 1822, as *Lições de direito público constitucional para as escolas de Hespanha*, de Ramón Salas[1460]. E, em 1841, os *Principios de*

História da Faculdade de Direito. 2.° período: 1865-1902", *ibid.*, 29(1953), 23-197; "O Ensino do Direito em Portugal de 1805 a 1836", in *Jurisconsultos Portugueses do Século XIX*, Lisboa, Ordem dos Advogados, 1947, 149 ss..

1453 Silvestre Pinheiro Ferreira, *Breves observações sobre a Constituição Política da Monarchia Portugueza decretada pelas Cortes Geraes Extraordinarias e Constituintes reunidas em Lisboa no anno de 1821*, cit..

1454 Silvestre Pinheiro Ferreira, *Observações sobre a Constituição do Império do Brazil e sobre a Carta Constitucional do Reino de Portugal*, cit..

1455 Silvestre Pinheiro Ferreira, *Projectos de Ordenações para o reino de Portugal*, cit., 1831.

1456 Silvestre Pinheiro Ferreira, *Projecto de Codigo Politico para a Nação Portugueza*, Paris, Rey E. Gravier, 1938; Silvestre Pinheiro Ferreira, *Compendio de derecho publico interno y externo*, Lima (Peru), s/d.

1457 Recomenda o complemento do estudo dos textos constitucionais pela "assídua e meditada leitura dos Diários das Cortes, especialmente das Constituintes, pelo exame das discussões travadas pelos principais órgãos da imprensa política, pelos relatórios bem deduzidos de algumas leis regulamentares de alguns artigos da Carta, e pelo estudo de vários trabalhos especiais, consagrados a um ou a poucos artigos da Carta Constitucional".

1458 Coimbra, Imprensa da Universidade, 1893-1894.

1459 José Joaquim Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826 e Acto Adicional de 1852*, Coimbra, Imprensa Litteraria, 1878-1880.

1460 Ramon Salas (y Cortez), *Lições de direito público constitucional para as escolas de Hespanha*, trad. por D. G. L. D'Andrade, Lisboa, Rollandiana, 1822. A edição portuguesa não compreende a parte da obra de Salas mais especificamente dedicada à análise da Constituição de Cádis. Para uma edição integral, Ramon Salas, *Lecciones de derecho publico constitucional*, Introducción de José Luís Bermejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982.

direito politico applicados à Constituição Política da Monarchia Portugueza de 1838, ou a theoria moderada dos governos monarchicos-representativos, Tomo I (e único), de João Sande Mexia Salema[1461]. Mas, como diz Praça, tratava-se de um "livro sem valor algum científico, como nos dizem fora reconhecido pelo seu autor, depois da publicação", apenas susceptível de causar "distracções aos estudiosos"[1462]. Como as lições de Basílio Alberto de Sousa Pinto (v. *infra*), tinham ficado inéditas, o livro de Lopes Praça era, de facto, o primeiro texto português sistemático sobre direito constitucional, apesar de publicado 52 anos depois da promulgação da Carta e 44 anos depois da implantação definitiva do cartismo.

Convém recordar, nesta altura, a situação do ensino do direito público, desde a reforma dos estudos jurídicos de 1772.

Os Estatutos pombalinos criavam duas cadeiras de direito público: o Direito Público Universal e o Direito Público Interno ou Direito Pátrio Público Interno ou Económico. Em 1805 (Alv. 16.1), uma reforma dos estudos modificou esta organização das cadeiras tocantes ao direito público. As noções de direito natural geral ou universal foram arrumadas em duas cadeiras dos 1.° e 2.° ano. A parte relativa ao direito pátrio, que compreendia o público e o direito privado, estudava-se em duas cadeiras, uma do 3.° e outra do 4.° ano, com a designação de *Lições sintéticas de Direito* Pátrio, completadas com uma outra do 5.° ano, denominada *Lições analíticas do mesmo* direito. O compêndio adoptado nas cadeiras do 3.° e 4.° anos era as *Institutiones* ..., de Melo Freire, cuja influência se combinava com a do austríaco Carlo Antonio Martini[1463], cuja obra também era adoptada como compêndio, e que veiculava as posições do jusnaturalismo holando-alemão (Grócio, Pufendorf, Wolff, Thomasius, etc.). Esta foi, portanto, a influência publicista até 1820, na qual se formaram, na sua juventude, os juristas que vão pontificar durante as décadas seguintes.

Cadeiras de direito público foram, no entanto, criadas em 1836 (dec de 5.12, de Passos Manuel); uma, no 2.° ano, com a designação de *Direito*

[1461] João de Sande de Magalhães Mexia Salema, *Principios de direito politico applicados à Constituição Política da Monarchia Portugueza de 1838, ou a theoria moderada dos governos monarchicos-representativos*, cit..

[1462] José Joaquim Lopes Praça, *Estudos sobre a Carta Constitucional [...]*, cit., I, lxxxvi.

[1463] Carlo Antonio de Martini (1726-1800), *Positiones de lege naturali*, Viena, 1772 (Olisipone, Franciscum Borges de Sousa, 1772, Conimbricae, 1802; e outras edições). Sobre ele, Mário Reis Marques, *Codificação e paradigmas da modernidade*, cit., 471 ss..

Público Universal e das Gentes; outra, no 3.° ano, designada *Direito público português pela Constituição, Direito Administrativo Pátrio, Princípios de Política e Direito dos Tratados de Portugal com os outros Povos*(a 6ª cadeira, no 3.° ano), substituindo parte da antiga cadeira de pombalina de *Direito Pátrio*[1464].

Porém, a substituição dos textos de ensino foi lenta e difícil. José Frederico Laranjo[1465] pondera que a substituição do livro de Martini, como compêndio para as cadeiras de Direito público geral, demorou três quartos de século. Notando, muito perspicazmente, que, finalmente, as bases filosóficas do iluminismo contratualista se adaptavam basicamente à teoria política do primeiro liberalismo; como ele também refere, apenas o método metafísico e dedutivista do jus racionalismo destoava. Daí que, até aparecerem alternativas mais modernas, Martini se tenha mantido.

É significativa a data em que, pela primeira vez, se decide deixar de seguir o autor austríaco – 1836 (23.7). Na verdade, por esta altura, Vicente Ferrer Neto Paiva – um jus-filósofo que combinava, de forma um tanto incoerente, a filosofia política individualista de Kant com a reflexão jus-filosófica, de índole solidarista, de Karl Christian Friedrich Krause (1781-1832)[1466-1467] – entrara na Faculdade de Direito em 1836, onde se tornara uma figura influente no pensamento jurídico. Os seus estudos jus-filosóficos, que deve ter iniciado nos inícios da sua vida de professor de Coim-

[1464] José Frederico Laranjo, *Princípios direito político [...][Livro 1.°] – Fascículo 1.°. Introdução*, cit., p. 75-76.

[1465] José Frederico Laranjo, *Princípios direito político[...] [Livro 1.°]* – Fascículo 1.°. Introdução, Coimbra, p. 85.

[1466] *Entwurf des Systems der Philosophie* (1804); *System der Sittenlehre* (1810); *Das Urbild der Menscheit* (1811); and *Vorlesungen ber das System der Philosophie* (1828) cf. Karl Christian Friedrich Krause, ed. por Klaus M. Kodalle, Hamburg 1985). Os seus principais discipulos foram, H. Ahrens (1808-1874), que constitui a sua principal via para o público português – *Cours de droit naturel ou de Philosophie du droit*, 1837-1838 (últ. ed., reformulada pelo A., 1868; ed. parcial port. *Curso de direito natural ou de philosophia do direito {...}*, trad. por Francisco Cândido de Mendonça Mello, estudante do 1.° anno de Direito [...], Lisboa, Typ. Viúva Rodrigues, 1844: "Theoria philosophica do direito das instituições sociaes e do direito publico", II Parte especial, 3ª divisão), cf. Evi Herzer, *Der Naturrechtsphilosoph Heinrich Ahrens (1808 – 1874)*, Berlin, Duncker & Humblot), 1994); Freiherr von Leonhardi, Wilhelm Tiberghien (n. 1819) e outros. Também influente, outro eclético de idêntica orientação, W. Belime, *Philosophie du droit ou cours d'introduction à la science du* droit, Paris, 1844.

[1467] Sobre Ferrer, v. a síntese de Luís Cabral de Moncada, em *Subsídios para uma história da filofia do direito em Portugal*, *BFDC* 14(1937-1938), 273 ss.. Ultimamente, o volume colectivo *Vicente Ferrer Neto Paiva. No segundo centenário[...]*, cit..

bra (em 1834, data em que foi despachado lente da Faculdade de Cânones), iam-lhe permitir substituir o jusnaturalismo, algo solidarista de Martini (-Wolff) por uma ideia semelhante, mas mais ao gosto do dia – a filosofia krausista.

Não é estranho que a decisão de abandonar o texto de Martini tenha sido inspirada por Vicente Ferrer. Logo em 1837 sai, em Paris, o *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*, de H. Ahrens, um discípulo de K. Krause que terá um largo curso na Europa latina, sendo parcialmente traduzido para português, em 1844[1468]. Dois anos depois, Vicente Ferrer inicia a publicação de sucessivas versões do seu tratado de direito natural. Primeiro, em 1839, os *Elementos de direito das gente*[1469]; depois, em 1843, o *Curso de direito natural, segundo o estado actual da sciencia, principalmente em Allemanha*[1470]; finalmente, em 1844, os *Elementos de direito natural, ou de philosophia do direito*[1471]. Em 1841 (3.3), a Congregação da Faculdade decide que, na cadeira de Direito público universal – que parece que se continuava a ensinar pelo compêndio de Martini, por falta de alternativa –, se adoptasse o livro *Éléments de Droit Politique*, de Louis Antoine Macarel (1790-1851)[1472], professor de direito administrativo em Paris, com grande influência em Portugal, já que – como refere Manuel Emídio Garcia – os seus *Éléments* ... eram "livro de estudo obrigatório na nossa Faculdade de Direito". Mas o trabalho publicista de Vicente Ferrer recebe um reconhecimento formal da Faculdade, cuja Congregação, em 1844, decidiu que se adoptasse, como livro de estudo de uma nova cadeira de direito público (v. *infra*), os recém saídos *Elementos de direito natural, ou de philosophia do direito*, 1844, de Vicente Ferrer Neto Paiva, substituindo o livro de Macarel. Quanto ao compêndio de Melo Freire, ainda em 1874 (18.7) se volta a eliminá-lo da lista dos livros de texto, por proposta de Mendonça Cortez, então lente da cadeira de Direito constitucional[1473].

[1468] Sobre a dupla Krauss-Ahrens, *maxime* quanto à sua influência na teoria do Estado e direito público, M. Stolleis, *Geschichte des offentlichen Rects* [...], cit., II, 426.

[1469] Coimbra, Imp. da Univ. 1839.

[1470] Coimbra, na Imp. da Univ. 1843, 2 tomos (sobre este livro, v. recensão de Alexandre Herculano, *Panorama*,1843, p. 296).

[1471] Coimbra, Imp. da Univ., 1844 (rec. Alexandre Herculano, no *Panorama*, 1844, p. 301).

[1472] Paris, 1833, editado em tradução portuguesa, pela Imprensa Universidade, em 1843. Sobre Macarel, cf. L. Mannori, "Tocqueville critico di Macarel", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 18(1989) 607 ss..

[1473] Cf. José Frederico Laranjo, *Princípios direito político[...] [Livro 1.°]*, cit., p. 84.

De 1836 a 1843, o titular da cadeira de Direito público particular[1474] foi Basílio Alberto de Sousa Pinto, de cujas lições manuscritas encontrámos exemplares (de 1838 e de 1839-1840)[1475]. As suas lições obedecem a um método exegético que, como é aplicado à efémera Constituição de 1838, lhes confere um interesse específico. Embora se revistam também de um interesse doutrinal, pois, abandonando o individualismo e o espírito abstracto, quer do jusracionalismo, quer do primeiro liberalismo, se inclinam claramente para o organicismo social que caracteriza os romantismos alemão (*v.g.*. Escola histórica alemã) ou francês (nomeadamente, F. Guizot, 1787-1874), tendentes a desvalorizar a constituição "positiva" perante uma constituição não escrita, ínsita na tradição e, por isso, na própria sociedade. Neste sentido, Basílio Alberto marca – como já foi notado por José Frederico Laranjo – uma ruptura no ensino do direito constitucional. Como complemento, estudava-se – até 1846 – o livro *Manifesto dos direitos de Sua Majestade Fidelissima a Senhora D. Maria II, e exposição da questão portugueza*, 1829[1476]. Em 1841, um dos seus lentes substitutos, João Sande de Magalhães Mexia Salema, publicou o primeiro volume das suas lições. De acordo com o título, tratar-se-ia, também, de um comentário à Constituição de 1838[1477]. No entanto, o livro é – como já se disse – tão palavroso, vago e de tão fraca qualidade que o seu interesse, na perspectiva de uma exegese deste texto constitucional, é nulo. O próprio autor se encarregou, de resto, de recolher e mandar destruir os exemplares da obra, salvo uns poucos que terá oferecido a amigos[1478].

[1474] Com um título compósito, que exigia opções difíceis quanto às matérias a ensinar: *Direito Público Português pela Constituição, Direito Administrativo, Princípios de Política e Direito dos Tratados com outros Povos*.

[1475] Basílio Alberto de Sousa Pinto, *Análise da Constituição Política da Monarchia Portuguesa [de 1838], feita pella ordem dos artigos, collegida das prelecções do lente Basilio Alberto de Sousa Pinto. Anno 1838-1839*, Coimbra, litografada [Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra, obra n.º 2960], 1838. Foram publicadas em A. M. Hespanha e Cristina N. Silva, *Fontes para a História* [...], cit..

[1476] Londres, impresso por Richard Taylor 1829; Rennes, por J. M. Vatar 1831; Coimbra, Imp. da Universidade 1836 e 1841 (Cf. José Frederico Laranjo, *Principios direito político[...] [Livro 1.º]*, cit.).

[1477] João de Sande de Magalhães Mexia Salema, *Principios de direito politico applicados à Constituição Política da Monarchia Portugueza de 1838, ou a theoria moderada dos governos monarchicos-representativos*, Tomo I (e único), cit..

[1478] Inocêncio Francisco da Silva, *Diccionario bibliographico...*, no verbete relativo ao autor.

Em 1843 (por decisão da Congregação da Faculdade de 29.7), fundiu-se a cadeira de *Direito Público Universal* (do 2.° ano) com a de *Direito Público Português* (do 3.° ano), autonomizando-se, em contrapartida, a de Direito Administrativo, que passou a ser ensinado juntamente com o Direito Criminal[1479]. A cadeira muda de nome (*Direito público universal, direito público português, princípios de política e direito dos tratados de Portugal com os outros povos; e ciência da legislação*, 3ª cadeira, do 2.° ano), ao passo que o estudo exegético da Constituição se deixa de fazer pela Constituição de 1838, que entretanto, deixara de vigorar. É para a primeira cadeira que se adoptam – como vimos – os recém saídos *Elementos de direito natural, ou de philosophia do direito*, 1844, de Vicente Ferrer Neto Paiva.

Os regentes também mudam. Até 1850, regem a cadeira de direito público Vicente Ferrer de Neto Paiva e Francisco Maria Tavares de Carvalho (que não escrevem lições); de 1850 a 1869, Vicente José de Seiça Almeida e Silva. Segundo a informação de Manuel Emídio Garcia, os lentes continuavam a usar – ao lado do compêndio de Ferrer – as obras de L. A. Macarel que, ainda segundo o mesmo autor, careceria de originalidade, apenas conseguindo "sintetizar as ideias dominantes do orleanismo, à maneira das conveniências de Guizot, misturando as perspectivas de Montesquieu com as de Benjamin Constant"[1480]. Como a cadeira era muito compósita, a bibliografia utilizada tinha que ser vasta. José Frederico Laranjo, refere que o magistério de Vicente Seiça utilizava mais fontes, cobrindo as diversas vertentes do curso, desde as noções de teoria geral do direito público até às matérias mais exegéticas da ordem constitucional portuguesa[1481]; aparentemente, terá sido a propósito destas últimas, que o lente utilizou, pela primeira vez em Portugal, o livro do brasileiro Visconde de Pelotas, José António Pimenta Bueno (1803-1878), *Direito publico brazileiro e análvse da Constituição do Império*, 1857, que tanta fortuna haveria de ter entre os comentadores da Carta.

[1479] A lei de 13 de Agosto de 1853 separa os dois direitos, criando uma cadeira de *Direito Administrativo Português e Ciência da Administração*.

[1480] *Lições* ..., p. 52. Na verdade, Vicente Seiça confirma isso mesmo no seu programa de 1853, em que refere: "Nas prelecções orais [...] segue o professor a ordem das matérias adoptada por Macarel, aproveitando a conexão das doutrinas para tratar do Direito Publico Português, dos Princípios de Politica e ciência da Legislação, citando no princípio do cada capítulo os publicistas, tanto nacionais, como estrangeiros, que tratam melhor a matéria" (cit. por José Frederico Laranjo, *Princípios direito político [...] [Livro 1.°]*, cit., 84).

[1481] José Frederico Laranjo, *Princípios direito politico[...] [Livro 1.°]*, cit., 88.

Entretanto, em 1865 (reforma do plano de estudos de 5.6), é, finalmente, criada uma cadeira de Direito constitucional, no 2.° no, denominada *Princípios Gerais de Direito Público Interno e Externo e Instituições de Direito Constitucional Português*, o que não resolveu a questão da autonomia do ensino deste direito em relação ao do direito internacional.

Entre 1869 e 1871, o lente é Augusto César Barjona de Freitas (1834-1900)[1482], que não deixa obra escrita; e, de 1871 a 1880, José Braz de Mendonça Furtado (n. 1840), o qual, segundo José Adelino Maltez[1483], "deixou umas *Lições*, redigidas por Barbosa Magalhães e João das Neves em 1875-1876, em que, sobre um fundo de *krausismo*, já surgiam invocações de Stuart Mill, Alexis de Tocqueville, [Pierre-Joseph] Proudhon, [F.] Guizot e J. K. Bluntschli". Por sua vez, Laranjo cita prelecções litografadas de 1879-1880 [1484], que caracteriza como ecléticas, entre uma filosofia política individualista e uma doutrina solidarista, ecletismo que se manifestaria, exemplarmente, nas suas posições quanto a duas questões emblemáticas, a da liberdade de indústria e a dos socorros públicos, ambas objecto de discussão a propósito do art. 145, §§ 23.° e 29.° da Carta. Não pudemos, no entanto, encontrar quaisquer destes textos.

J. K. Bluntschli – que combinava as tendências organicistas da Escola Histórica Alemã com a mais recente filosofia política de Hegel e que tendia a considerar o Estado como a personificação da Nação – era ainda um adepto do estadualismo político de Bismarck, conservador e autoritário, em que os direitos do Estado se tendiam a sobrepor aos direitos dos indivíduos[1485]. Este organicismo, que dominará daqui em diante, não representa uma ruptura decisiva com as concepções da sociedade como um corpo com vida própria, que vinham de trás, do organicismo romântico, dos doutrinários franceses (entre os quais se destaca François Guizot [1787-1874], mentor de Alexandre Herculano e do centrismo ordeiro de Costa Cabral). Apenas enfatiza um pendor estadualista, realçando o papel ordenador do Estado e desvalorizando, com isto, não apenas os direitos

1482 Era filho de um ilustre administrativista, também professor em Coimbra, Justino António de Freitas (autor de *Instituições de Direito administrativo portuguez*, Coimbra, na Imp. da Univ. 1857; rec. O Instituto, vol. VI, p. 104).

1483 http://maltez.home.sapo.pt.

1484 *Princípios direito político e direito constitucional portuguez [Livro 1.°]*, cit., 91.

1485 V. a sua apreciação por Manuel Emídio Garcia, nas suas *Lições [...]*, *cit.*, de 1889, p. 48 ss.; cf., antes, cap. 11.4.7. Mais desenvolvidamente, M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts [...]*, II, 430 ss..

dos indivíduos, mas ainda o relevo dos elementos de auto-organização da sociedade, em que liberais e românticos tinham insistido.

Só então aparece um professor que escreve lições: Manuel Emídio Garcia[1486], que – depois de ter sido lente de Direito administrativo entre 1870 e 1881 – ocupa a cátedra de Direito constitucional entre 1880[1487] e 1891. Em 1884, ainda propõe obras alheias como livros de texto: as versões francesas dos tratados de Bluntschli *Théorie générale de l'État*. *Le droit public* e *La politique*. Mas, logo em 1885, publica um *Plano Desenvolvido do Curso de Sciencia Política e Direito Político*[1488] e um *Programa da 4ª cadeira da Faculdade de Direito*, 1893. Pelo menos para o ano de 1885-1886, continua, como ele próprio diz, a adoptar como manual [1489], o livro Johann Kaspar Bluntschli, *Allgemeines Staatsrecht* (2 vol., 1851–52) [1490], autor que considera importante, não apenas pelo seu lastro teórico, mas também porque crê ser fundamental, nos países latinos, como prevenção contra a ideologia jurídica pan-germanista, de que Bluntschli seria um dos corifeus, a qual tenderia para uma política de submissão das raças latinas[1491].

Depois, autoriza a edição litografada de umas *Lições de Ciência política e Direito político. Ano 1889-1890*[1492] (a que devem basicamente corresponder os *Apontamentos de Algumas Prelecções do Dr. Emygdio Garcia no curso de sciencia política e direito político coligidos pelo padre A. Camelo e Abel de Andrade*, também publicados em 1893[1493]). Manuel Emídio Garcia foi um académico de grande profissionalismo, nunca tendo – ao contrário da generalidade dos seus antecedentes – ocupado quaisquer

[1486] Sobre ele, Luís Cabral de Moncada, *Subsídios [...]*, cit., 15 (1938-1939) 64 ss.; também, *Princípios direito político[...] [Livro 1.°]*, cit., 90.

[1487] Decisão da Congregação da Faculdade de 13.7 (*Princípios direito político e direito constitucional portuguez [Livro 1.°]*, cit., 94).

[1488] *Plano desenvolvido do Curdo de Sciencia Politica e Direito Politico*, Coimbra, Typ. Luís Cardoso, 1885.

[1489] Manuel Emídio Garcia, *Plano desenvolvido do Curso de Sciencia Politica e Direito Politico*, 1885, 3; nas *Lições [...]*, informa que a obra de Bluntschli (nas suas versões francesas de M. Nemand de Riedmatten) fora adoptada como compêndio pelo Conselho da Faculdade.

[1490] Através das suas traduções francesas: *Théorie générale de l'état*, 1877; ou *Le droit public général* (1881).

[1491] O tema rácico tornar-se-á muito popular daqui em diante, por influência do positivismo sociológico e do darwinismo.

[1492] Coimbra, lições litogr., Litografia do Marco da Feira, 1890.

[1493] Que não pudemos localizar.

cargos políticos. Em todos os seus textos universitários nota-se uma tendência doutrinal muito forte, decisivamente influenciada pelas doutrinas organicistas (via J. K. Bluntschli) e – cada vez mais (a partir de 1872, segundo Laranjo) – positivistas (via Auguste Comte, 1798-1857, e Emílio Littré, 1801-1881), orientações que o professor cultivava apaixonadamente, envolvendo os seus alunos em estudos dessa índole. A filosofia política subjacente era, por influência do positivismo, anti-individualista. Todo o direito público se deveria construir sobre os agregados naturais da sociedade, desde as famílias ao Estado, cuja função reguladora salienta.

O próxima grande professor é José Frederico Laranjo (1846-1910), que ocupa a cátedra em 1890(21.7.), tendo como lente substituto Guilherme Alves Moreira. Os livros de texto foram, por um lado, a *Colecção de subsídios para o estudo do Direito Constitucional Português*, de José Joaquim Lopes Praça – que, entretanto também publicara seus *Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826 e Acto Adicional de 1852* (1878--1880) – e, por outro, o livro de Vittorio Emmanuele Orlando, *Principi di diritto costituzionale*[1494], adoptado por Guilherme Moreira no ano lectivo de 1891-1892, sendo indicado, como bibliografia suplementar, o *Corso di diritto costituzionale*, 1881-1885, de Luigi Palma.

Segundo o próprio Laranjo, as referências de Guilherme Moreira eram, quase exclusivamente, italianas. Acrescentando nós que elas se situam claramente na área dos autores de pendor fortemente jurídico, o que contrasta com a importância, nos períodos anteriores, da literatura filosófica, política ou sociológica, em que os italianos, de resto, também se destacavam. Este professor é, assim, um primeiro adepto das ideias anti-naturalistas, um cultor precoce do "método jurídico" no cultivo do direito constitucional[1495], como será, mais tarde, o introdutor do conceitualismo na área do direito privado.

A partir de 1892, é o próprio José Frederico Laranjo – lente da cátedra até 1904 – que deixa umas importantes lições[1496], em que o tratamento

---

[1494] Firenze, 1890.

[1495] Não conhecemos quaisquer textos de lições de Guilherme Moreira.

[1496] *Princípios direito político e direito constitucional portuguez*, cit., 1898-1907 (publicação em fascículos, de ordenação problemática e cujo *fac simile* publicámos em *Fontes para a história [...]*, cit., sem garantia de exaustividade). Na Biblioteca Nacional de Lisboa existem uns *Princípios de direito político e direito constitucional portuguez*, Coimbra, Imprensa da Universidade, [1905]. Livro 1: Fascículo 2: *Esboço histórico das doutrinas políticas e dos principaes factos correspondentes*. – 1905. – 101-204 p.. – Livro 2: Fascículo 3: Tomo 2: *O Estado e a nação e seus elementos...* – 1906. – 12.

extensivo de matérias históricas e de teoria política se combina com alguma influência dogmática de influência italiana, embora menos nítida do que em Guilherme Moreira que, neste particular, antecipa a época de predominância do formalismo no direito público, tão nítido a partir de Marnoco e Sousa e, ainda mais, de José Tavares.

Finalmente, nos últimos anos da monarquia cartista, a cadeira fica cargo de José Ferreira Marnoco e Sousa (1869-1916) e de José Alberto dos Reis (1875-1954) (de 1905 a 1909). Pertence ao primeiro o grande esforço teórico na reconstrução de um direito constitucional que – sem romper com pressupostos naturalistas do positivismo – recebia já uma influência notória da nova dogmática alemã – mas, ainda mais, italiana – do direito público[1497]. José Alberto dos Reis, nas lições publicadas[1498], não revela grande originalidade, copiando capítulos inteiros do seu antecessor. Em 1909, recebe a cadeira José Tavares, que publica (e, decerto, utiliza no ensino) o livro *O poder governamental no direito constitucional português*, 1909[1499], em que é ainda mais notória a Influência de Vittorio Emmanuele Orlando (1860-1952) e da publicística italiana, temperada pelo o conhecimento do realismo francês (nomeadamente, de L. Duguit) e por referências (decerto colhidas em segunda mão) à publicística alemã (Carl Friedrich von Gerber, Paul Laband, Georg Jellinek).

À margem do ensino, surgia o importante *Manual politico do cidadão portuguez*, de Manuel Trindade Coelho (1861-1908), 1906. Bem como uma obra cheia de referências úteis para a história do direito constitucional português, as *Estatísticas e biografias parlamentares*, de Clemente José dos Santos (Barão de S. Clemente) (n. 1818)[1500].

17.2. Elementos auxiliares

Publico, de seguida, alguns anexos com dados orientadores da vida constitucional oitocentista, colhidos no âmbito de um projecto por mim dirigido[1501].

[1497] Autores mais citados: Luigi Palma ((1832-1904), I. Brunelli, Attilio Brunialti (1870-1944), J. K. Bluntschi, L. Duguit (1859-1928), Herbert Spencer (1820-1903), Otto Mayer (1846-1924);

[1498] *Ciência política e direito constitucional*, Coimbra, Imprensa académica, 1907.

[1499] Coimbra, Imprensa académica, 1909.

[1500] Porto, Typographia do Commercio do Porto, 1887-1892, 6 tomos. Publicadas em *fac-simile* em M. Hespanha e Cristina N. Silva, *Fontes [...]*, cit..

[1501] "A constituição política da modernidade. O constitucionalismo português no

17.2.1. *Legislaturas*

27.1.1821 – 25.1.1822 Cortes Gerais e Extraordinárias da Nação Portuguesa.
28.1.1822 – 4.11.1822 Cortes Gerais Extraordinárias e Constituintes da Nação Portuguesa.
15.11.1822 – 2.6.1823 Cortes da Nação portuguesa.
1.° Legislatura – 15 de Agosto de 1834 a 4 de Junho de 1836 (10 meses e 13 dias).
1ª sessão – 15 de Agosto a 18 de Dezembro de 1834.
2ª sessão – 2 de Janeiro a 20 de Abril de 1835.
3ª sessão – 2 de Janeiro a 10 de Abril de 1836.
Revolução de 10 de Setembro de 1836 que proclama a Constituição de 1822.
2ª Legislatura – 18 de Janeiro de 1837 a 4 de Abril de 1838 (Cortes Constituintes) (14 meses e 17 dias).
3ª Legislatura – 9 de Dezembro de 1838 a 25 de Fevereiro de 1840 (9 meses e 6 dias).
1ª sessão – 9 de Dezembro de 1838 a 2 de Janeiro de 1839.
2.° sessão – 2 de Janeiro a 21 de Julho de 1839.
3ª sessão – 2 de Janeiro a 25 de Fevereiro de 1840.
4ª Legislatura – 25 de Maio de 1840 a 10 de Fevereiro de 1842 (14 meses e 21 dias).
1ª sessão – 25 de Maio a 30 de Novembro de 1840.
2ª sessão – 2 de Janeiro a 18 de Novembro de 1841.
3ª sessão – 2 de Janeiro a 10 de Fevereiro de 1842 (as Câmaras não funcionaram).
Declara-se em vigor a Carta Constitucional, por decreto de 10 de Fevereiro.
5ª Legislatura – 10 de Julho de 1842 a 20 de Abril de 1845 (16 meses e 17 dias).
1ª sessão – 10 de Julho a 29 de Dezembro de 1842.
2ª sessão – 2 de Janeiro a 20 de Dezembro de 1843.
3ª sessão – 2 de Janeiro a 14 de Dezembro de 1844.
6ª Legislatura – 2 de Janeiro a 23 de Maio de 1846 (4 meses e 21 dias).
7ª Legislatura – 2 de Janeiro de 1848 a 25 de Maio de 1851 (23 meses e 13 dias).
1ª sessão – 2 de Janeiro a 15 de Agosto de 1848.
2ª sessão – 2 de Janeiro a 7 de Julho de 1849.
3ª sessão – 2 de Janeiro a 20 de Julho de 1850.
4ª sessão – 2 de Janeiro a 25 de Maio de 1851.

---

contexto do processo de modernização política (1750-1918)", projecto desenvolvido no âmbito da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, com o apoio da Fundação para a Ciência e Tecnologia. Agradeço a colaboração que foi dada, nomeadamente na elaboração destes anexos, pelas Dr.as. Teresa Campos Rodrigues e Adelaide Salvador Marques, ambas grandes especialistas nas fontes parlamentares da época.

8ª Legislatura – 15 de Dezembro de 1851 a 24 de Julho de 1852 (5 meses e 21 dias).
1ª sessão – 15 de Dezembro de 1851 a 2 de Janeiro de 1852.
2ª sessão – 2 de Janeiro a 24 de Julho de 1852.
9ª Legislatura – 2 de Janeiro de 1853 a 19 de Julho de 1856 (27 meses e 18 dias).
1ª sessão – 2 de Janeiro a 31 de Dezembro de 1853.
2ª sessão – 2 de Janeiro a 3 de Agosto de 1854.
3ª sessão – 2 de Janeiro a 20 de Setembro de 1855.
4ª sessão – 2 de Janeiro a 19 de Julho de 1856.
10ª Legislatura – 2 de Janeiro a 26 de Março de 1858 (10 meses e 5 dias).
1ª sessão – 2 de Janeiro a 11 Julho de 1857.
2ª sessão – 4 de Novembro de 1857 a 26 de Março de 1858.
11ª Legislatura – 7 de Junho a 1858 a 23 de Novembro de 1859 (9 meses e 23 dias).
1ª sessão – 7 de Junho a 12 de Outubro de 1858.
2ª sessão – 4 de Novembro de 1858 a 28 de Maio de 1859.
3ª sessão – 4 a 23 de Novembro de 1859.
12ª Legislatura – 26 de Janeiro de 1860 a 27 de Março de 1861 (9 meses e 2 dias).
1ª sessão – 26 de Janeiro a 4 de Agosto de 1860.
2ª sessão – 4 de Novembro de 1860 a 27 de Março de 1861.
13ª Legislatura – 20 de Maio de 1861 a 18 de Junho de 1864 (20 meses e 5 dias).
1ª sessão – 20 de Maio a 31 de Agosto de 1861.
2ª sessão – 4 de Novembro de 1851 a 30 de Junho de 1862.
3ª sessão – 4 de Novembro de 1862 a 30 de Junho de 1863.
4ª sessão – 2 de Janeiro a 18 Junho de 1864.
14ª Legislatura – 2 de Janeiro a 15 de Maio de 1865 (3 meses e 6 dias).
15ª Legislatura – 30 de Julho de 1865 a 14 de Janeiro de 1868 (14 meses e 25 dias).
1ª sessão – 30 de Julho a 26 de Dezembro de 1865.
2ª sessão – 2 de Janeiro a 16 de Junho de 1866.
3ª sessão – 2 de Janeiro a 27 de Junho de 1867.
4ª sessão – 2 a 14 de Janeiro de 1868.
16ª Legislatura – 15 de Abril de 1868 a 23 de Janeiro de 1869 (4 meses e 24 dias).
1ª sessão – 15 de Abril a 15 de Julho de 1868.
2ª sessão – 2 a 23 de Janeiro de 1869.
17ª Legislatura – 26 de Abril de 1869 a 20 de Janeiro de 1870 (4 meses e 19 dias).
1ª sessão – 26 de Abril a 26 de Agosto de 1869.
2ª sessão – 2 a 20 de Janeiro de 1870.
18ª Legislatura – 31 de Março a 21 de Julho de 1870 (1 mês e 22 dias).
19ª Legislatura – 15 de Outubro de 1870 a 3 de Junho de 1871 (5 meses e 3 dias).
1ª sessão – 15 de Outubro a 24 de Dezembro de 1870.
2ª sessão – 2 de Janeiro a 3 de Junho de 1871.
20ª Legislatura – 22 Julho de 1871 a 2 de Abril de 1874 (12 meses e 12 dias).

1ª sessão – 22 de Julho a 22 de Setembro de 1871.
2ª sessão – 2 de Janeiro a 4 de Maio de 1872.
3ª sessão – 2 de Janeiro a 8 de Abril de 1873.
4ª sessão – 2 de Janeiro a 2 de Abril de 1874.
21ª Legislatura – 2 de Janeiro de 1875 a 4 de Maio de 1878 (13 meses e 6 dias).
1ª sessão – 2 de Janeiro a 3 de Abril de 1875.
2ª sessão – 2 de Janeiro a 2 de Abril de 1876.
3ª sessão – 2 de Janeiro a 2 de Abril de 1877.
4ª sessão – 2 de Janeiro a 4 de Maio de 1878.
22ª Legislatura – 2 de Janeiro a 19 de Junho de 1879 (5 meses e 18 dias).
23ª Legislatura – 2 de Janeiro de 1880 a 4 de Junho de 1881 (8 meses e 10 dias).
1ª sessão – 2 de Janeiro a 7 de Junho de 1880.
2ª sessão – 2 de Janeiro a 4 de Junho de 1881.
24ª Legislatura – 2 de Janeiro de 1882 a 17 de Maio de 1884 (16 meses e 8 dias).
1ª sessão – 2 de Janeiro a 19 de Julho de 1882.
2ª sessão – 2 de Janeiro a 29 de Dezembro de 1883.
3ª sessão – 2 de Janeiro a 17 de Maio de 1884.
25ª Legislatura – 15 de Dezembro de1884 a 5 de Janeiro 1887 (10 meses e 9 dias).
1ª sessão – 15 de Dezembro de 1884 a 2 de Janeiro de 1885.
2ª sessão – 2 de Janeiro a 11 de Julho de 1885.
3ª sessão – 2 de Janeiro a 8 de Abril de 1886.
4ª sessão – 2 de Janeiro a 5 de Janeiro de 1887.
26ª Legislatura – 2 de Abril de 1887 a 10 de Julho de 1889 (15 meses).
1ª sessão – 2 de Abril a 13 de Agosto de 1887.
2ª sessão – 2 de Janeiro a 13 de Julho de 1888.
3ª sessão – 2 de Janeiro a 10 de Julho de 1889.
27ª Legislatura – 2 a 20 de Janeiro de 1890 (19 dias).
28ª Legislatura – 19 de Abril de 1890 a 2 de Abril de 1892 (10 meses e 26 dias).
1ª sessão – 19 de Abril a 15 de Outubro de 1890.
2ª sessão – 2 de Janeiro a 29 de Dezembro de 1891.
3ª sessão – 2 de Janeiro a 2 de Abril de 1892.
29ª Legislatura – 2 de Janeiro a 15 de Julho de 1893 (3 meses e 27 dias).
30ª Legislatura – 1 de Outubro a 28 de Novembro de 1894 (1 mês e 28 dias).
31ª Legislatura – 2 de Janeiro de1896 a 8 de Fevereiro de 1897 (5 meses e 15 dias).
1ª sessão – 2 de Janeiro a 9 de Maio de 1896.
2ª sessão – 2 de Janeiros a 8 de Fevereiro de 1897.
32ª Legislatura – 10 de Junho de 1897 a 25 de Julho de 1899 (15 meses e 20 dias).
1ª sessão – 10 de Junho a 4 de Setembro de 1897.
2ª sessão – 2 de Janeiro a 4 de Junho de 1898.
3ª sessão – 2 de Janeiro a 25 de Julho de 1899.
33ª Legislatura – 2 de Janeiro a 28 de Junho de 1900 (5 meses e 28 dias).

34ªLegislatura – 2 de Janeiro a 27 de Maio de 1901 (4 meses e 26 dias).
35ª Legislatura – 2 de Janeiro 1902 a 20 de Abril de 1904 (13 meses e 24 dias).
1ª sessão – 2 de Janeiro a 12 de Maio de 1902.
2ª sessão – 2 de Janeiro a 23 de Junho de 1903.
3ª sessão – 4 de Janeiro a 20 de Abril de 1904.
36ª Legislatura – 29 de Setembro a 24 de Dezembro de 1904 (26 dias).
37ª Legislatura – 3 de Abril de 1905 a (9 de Fevereiro de 1906 2 meses e 3 dias)) 5 de Junho de 1906.
1ª sessão – 3 de Abril a 11 de Maio e 16 de Agosto a 10 de Setembro de 1905.
2ª sessão – 1 a 9 de Fevereiro de 1906.
(O Diário chama-lhe 2ª) sessão – 2 a 5 de Junho de 1906.
38ª Legislatura (?) – 1 de Outubro de 1906 a 12 de Abril de 1807.
1ª sessão – 1 de Outubro de 1906 a 24 de Dezembro 1906.
2ª sessão – 3 de Janeiro a 12 Abril 1807.
39ª Legislatura (?) – 30 de Abril de 1908 a 25 de Junho de 1910.
1ª sessão – 30 Abril a 8 Setembro 1908.
2ª sessão – 2 Março a 22 Setembro de 1909.
3ª sessão – 3 Janeiro a 25 Junho de 1910.

17.2.2. *Governos (1834-1910)*[1502]

N.º	Posse	Demissão	Presidente do Conselho	Obs.
1	24/9/34	28/4/35	Duque de Palmela	
2	27/5/35	–	Marquês de Saldanha	
3	–	18/11/35	Marquês de Saldanha	
4	25/11/35	19/4/36	José Jorge Loureiro	
5	19/4/36	10/9/36	Duque da Terceira	
6	10/9/36	4/11/36	Conde de Lumiares	
	4/11/36	5/11/36	Marquês de Valença	
7	5/11/36	1/6/37	Visconde de Sá da Bandeira	
8	2/6/37	10/8/37	António Dias de Oliveira	
9	10/8/37	18/4/39	Visconde de Sá da Bandeira	
10	18/4/39	26/11/39	Barão de Ribeira Sabrosa	
11	26/11/39	9/6/41	Conde de Bonfim	
12	9/6/41	7/2742	Joaquim António de Aguiar	
13	7/2742	9/2/42	Duque de Palmela	
14	9/2/42	20/5/46	Duque da Terceira	
15	20/5/46	6/10/46	Duque de Palmela	

1502 Lista mais detalhada, com indicação dos vários ministros, António Manuel Pinto dos Santos, *Monarquia constitucional [...]*, cit..

16	6/10/46	28/4/47	Duque de Saldanha	1503
17	18/12/47	18/6/49	Duque de Saldanha	
18	18/6/49	26/4/51	Conde de Tomar	
19	26/4/51	1/5/51	Duque da Terceira	
20	1/5/51	-	Duque de Saldanha	
21	-	6/6/56	Duque de Saldanha	
22	6/6/56	16/3/59	Marquês de Loulé	
23	16/3/59	-	Duque da Terceira	1504
24	1/5/60	4/7/60	Joaquim António de Aguiar	
25	4/7/70	17/4/65	Marquês de Loulé	
26	17/4/65	4/9/65	Marquês de Sá da Bandeira	
27	4/9/65	4/1/68	Joaquim António de Aguiar	
28	4/1/68	22/7/68	Conde de Avila	
29	22/7/68	11/8/68	Marquês de Sá da Bandeira	
30	11/8/68	19/5/70	Duque de Loulé	
31	19/5/70	29/8/70	Duque de Saldanha	
32	29/8/70	29/10/70	Marquês de Sá da Bandeira	
33	29/10/70	13/9/71	Marquês d'Avila e Bolama	
34	5/3/77	5/3/77	Fontes Pereira de Melo	
35	5/3/77	29/1/78	Marquês d'Avila e Bolama	
36	29/1/78	1/6/79	Fontes Pereira de Melo	
37	1/6/79	25/3/81	António José Braancamp	
38	25/3/81	14/11/81	António Rodrigues Sampaio	
39	14/11/81	24/10/83	Fontes Pereira de Melo	
40	24/10/83	20/2/86	Fontes Pereira de Melo	
41	20/2/86	14/1/90	José Luciano de Castro	
42	14/1/90	13/10/90	António de Serpa Pimentel	
43	13/10/90	21/5/91	João Crisóstomo de Abreu e Sousa	
44	21/5/91	17/1/92	João Crisóstomo de Abreu e Sousa	
45	17/1/92	27/5/92	José Dias Ferreira	
46	27/5/92	22/2/93	José Dias Ferreira	
47	22/2/93	7/2/97	Rudolfo Ernesto Hintze Ribeiro	
48	7/2/97	18/8/98	José Luciano de Castro	
49	18/8/98	25/6/900	José Luciano de Castro	
50	25/6/900	28/2/903	Rudolfo Ernesto Hintze Ribeiro	
51	28/2/903	20/10/904	Rudolfo Ernesto Hintze Ribeiro	
52	20/10/904	27/12/905	José Luciano de Castro	
53	27/12/905	20/3/906	José Luciano de Castro	
54	20/3/906	19/5/906	Rudolfo Ernesto Hintze Ribeiro	
55	19/5/906	4/2/908	João Franco Castelo Branco	
56	4/2/908	25/12/908	Francisco Ferreira do Amaral	

[1503] A Presidência do Conselho ficou vaga até 18/12/47.

[1504] A Presidência do Conselho ficou vaga desde o falecimento do Duque da Terceira.

57	25/12/908	11/4/909	Artur Alberto Campos Henriques	
58	11/4/909	14/5/909	Sebastião de Sousa Teles	
59	14/5/909	22/12/909	Wenceslau Pereira de Lima	
60	22/12/909	26/6/1910	Francisco António Veiga Beirão	
61	26/6/1910	5/10/1910	António Teixeira de Sousa	

17.3. **Fontes para a história parlamentar.**

17.3.1. ***Publicação de legislação***[1505]

16 de Setembro de 1820 a 1821 1821	Diário do Governo	Impressão Régia Impressão Nacional
Do n.º 3 em diante ano 1821		Imprensa Nacional
12 de Fevereiro de 1821 a Julho de 1821	Diário da Regência	
4 de Julho de 1821 a Junho de 1823	Diário do Governo	
4 de Junho de 1823 a Julho de 1833	Gazeta de Lisboa	Impressão Régia
25 de Julho de 1833	Crónica Constitucional de Lisboa	Imprensa Nacional
30 de Julho de 1833 a 30 Junho de 1834		
30 de Junho de 1834 a 6 de Outubro de 1834	Gazeta Oficial do Governo	
6 de Outubro de 1834 a 31 de Dezembro de 1834	Gazeta do Governo	
1 de Janeiro de 1835 a Outubro de 1859	Diário do Governo	
1 de Novembro de 1859 a 1869	Diário de Lisboa	
Princípios de 1869 a 1976	Diário do Governo	Imprensa Nacional (a partir de 1972 Imprensa Nacional/ /Casa da Moeda)

[1505] Lista elaborada com base nos elementos de busca disponíveis na Biblioteca nacional de Lisboa, que se agradecem. Existe ainda, como fonte suplementar, a *Collecção official de Registação portugueza*, 1750-1820, 1833-... (ed. por António Delgado da Silva, e continuadores).

17.3.2. *Diários das Câmaras*

Diário das Cortes Gerais e Extraordinárias

27.1.1821-25.1.1822 Diário das Cortes Gerais e Extraordinárias da Nação Portuguesa.

28.1.1822-4.11.1822 Diário da Cortes Gerais Extraordinárias e Constituintes da Nação Portuguesa.

15.11.1822-21.5.1823 (há Cortes até 2.6.1823) Diário das Cortes da Nação Portuguesa.

1837-Diário das Cortes Gerais Extraordinárias, e Constituintes da Nação Portuguesa e Diário do Governo.

1838-Cortes Constituintes – Diário do Governo.

Câmara dos Deputados

1826-1828 Diário da Câmara dos Deputados.
1834-Agosto a Dezembro Gazeta Oficial do Governo.
1835-1836 Janeiro e Fevereiro Diário da Câmara dos Deputados.
1836-Diário do Governo.
1839-1861 (1861 Diário sem expressão) Diário da Câmara dos Deputados.
1861-1869 Diário de Lisboa.
1869-1910 Diário da Câmara dos Deputados.

Câmara dos Pares (e Senadores 1838-1842)

1826-1828 Diário da Câmara dos Pares.
1827-1828 Gazeta Oficial do Governo.
1835-1836 Diário da Câmara dos Pares.
1836-Diário da Governo.
1839-1840 Diário do Governo.
1841-1842 Diário da Câmara dos Senadores.
1843-Diário da Câmara dos Pares e Diário do Governo.
1844-1859 Diário do Governo.
1860-1869 Diário de Lisboa.
1869-1909 Diário da Câmara dos Pares-.

17.3.3. *Diário da Câmara dos Deputados. Índices*

1826. Tem índice por assuntos.

1827.
1828.
1835. Não tem índice.
1836.
1839.
1840. Tem índices por assuntos para os meses de Maio e Junho, Julho, Agosto e Novembro
1841. Tem índices por assuntos para os meses de Maio, Junho, Julho, Agosto, Setembro, Outubro, Novembro.
1842. Tem índices por assuntos para todos os meses (Julho, Agosto e Setembro). No final tem uma "sinopse" dos trabalhos legislativos que ficaram pendentes na sessão extraordinária de1842. Trabalhos começados e não concluídos.
1843. Tem índices por assuntos para todos os meses (Janeiro, Fevereiro, Mar., Abril, Maio, Junho, Novembro e Dezembro).
1844. Tem índices por assuntos para todos os meses (Temente, Outubro, Novembro e Dez.).
1845. Tem índices por assuntos para todos os meses (Janeiro, Fevereiro, Mar. e Abril). No final do vol.: Sinopse dos trabalhos legislativos da Câmara dos Deputados nas sessões ordinárias de 1844-1845.
1846. Tem índice por assuntos para todos os meses (Janeiro, Fevereiro, Mar., Abril e Maio).
1847. Não há sessão.
1848. Tem índices por assuntos para todos os meses (Janeiro, Fevereiro, Mar., Abril, Maio, Junho, Julho e Agosto).
1849. Tem índices por assuntos para todos os meses (Janeiro, Fevereiro, Mar., Abril, Maio, Junho e Julho). No final das sessões: "Colecção de legislação promulgada 1849".
1850. Tem índices por assuntos para todos os meses (Janeiro, Fevereiro, Mar., Abril, Maio, Junho e Julho). No final da sessão: Relação dos projectos e pareceres mais importantes sobre objectos interesse público, apresentados, pendentes ou discutidos na sessão de 1850 e colecção de Legislação promulgada em 1850.
1851. Tem índices por assuntos para todos os meses. (Janeiro, Fevereiro, Mar., Abril e Dez.). No final da sessão de Abril: Colecção de legislação promulgada em 1851.
1852. Tem índices por assuntos para todos os meses (Janeiro, Fevereiro, Mar., Maio, Junho, Julho). No final: Colecção de legislação promulgada em 1852.
1853. Tem índices por assuntos para todos os meses (Janeiro, Fevereiro, Mar., Abril, Maio, Junho Julho e Agosto).
1854. Tem índices por assuntos para todos os meses (Janeiro, Fevereiro, Mar., Abril, Maio, Junho, Julho e Agosto).

1855. Tem índices por assuntos para todos os meses (Janeiro, Fevereiro, Mar., 00 de juramento e inauguração do reinado de D. Pedro V e de encerramento.
1856. Tem índices por assuntos para todos os meses. (Janeiro, Fevereiro, Mar., Abril, Maio, Junho e Julho).
1857. Tem índices por assuntos para todos os meses. (Janeiro, Fevereiro, Mar., Abril, Maio, Junho e Julho). Índices por assuntos para os meses de Novembro e Dez. que pertencem à 2ª sessão legislativa.
1858. Tem índices para todos os meses. (Janeiro, Fevereiro, Mar., Junho, Julho e Agosto). Índices por assuntos para os meses de Novembro e Dez. que pertencem à 2ª sessão legislativa.
1859. Tem índices por assuntos para todos os meses. (Janeiro, Fevereiro, Mar., Abril, Maio). Índices por assuntos para o mês de Novembro que pertence à 3ª sessão legislativa.
1860. Tem índices por assuntos para. (Janeiro, Fevereiro, Mar., Abril, Maio, Junho, Julho e Agosto) Índices por assuntos para Novembro que pertence à 2ª sessão legislativa.
1861. Tem índices por assuntos para Janeiro.
1861-1869. Diário de Lisboa. Não tem índices.
1869. Não tem índices.
1870. Tem índices por assuntos no final do vol. I (Janeiro a Maio) e no final do vol. II (Outubro a Dez.).
1871. Tem índices por assuntos no final das sessões legislativas (Janeiro a Junho e Julho a Setembro.
1872. Tem índices por assuntos no final da sessão legislativa.
1873. Tem índices por assuntos no final da sessão legislativa.
1874. Tem índices por assuntos no final da sessão legislativa.
1875. Tem índices por assuntos no final da sessão legislativa.
1876. Não tem índices.
1877. Tem índices por assuntos no final da sessão.
1878. Tem índices por assuntos no final da sessão.
1879. Tem índices por assuntos no final da sessão.
1880. Tem índices por assuntos no final da sessão.
1881. Tem índice por assuntos no final da sessão.
1882. Tem índices por assuntos no final da sessão.
1883. Tem índices por assuntos no final da sessão.
1884. Índices por assuntos no final da sessão (Janeiro a Maio).
1884-1885. Tem índices por assuntos no início da 1ª sessão legislativa (Dez.). Tem índices por assuntos no final da 2ª sessão legislativa (Janeiro a Julho).
1886. Janeiro a Abril Índices por assuntos no início da sessão.
1887. Índices por assuntos no início da sessão (Janeiro). Índices por assuntos no final da sessão (Abril a Agosto).
1888. Índices por assuntos no início da sessão.

1889. Índices por assuntos no início da sessão..
1890. Tem índices por assuntos nos inícios das sessões legislativas (Janeiro e Abril a Outubro)..
1891 Tem índices por assuntos no início da sessão..
1892. Tem índices por assuntos no início da sessão..
1893. Tem índices por assuntos no início da sessão..
1894. Tem índices por assuntos no início da sessão..
1895. Não há sessão legislativa.
1896. Tem índices por assuntos no início da sessão..
1897. Tem índices por assuntos no início da 2ª sessão legislativa da 31ª Legislatura (2 Janeiro a 8 Fevereiro). Tem índices por assuntos no início da 1ª sessão legislativa da 32ª Legislatura (10 Junho a 4 Temente).
1898. Tem índices por assuntos no início da sessão..
1899. Tem índices por assuntos no início da sessão.
1900. Tem índices por assuntos no início da sessão.
1901. Tem índices por assuntos no início da sessão.
1902. Tem índices por assuntos no início da sessão.
1903. Tem índices apenas dos pareceres e projectos de lei no início da sessão. Sumários destacados para cada sessão.
1904. Tem índices por assuntos no início da 3ª sessão legislativa da 35ª Legislatura (4 Janeiro a 20 Abril). A 36ª Legislatura (30 Temente a 11 Novembro) não tem índices.
1905. Não tem índices.
1906. Tem índices por assuntos no início da 1ª sessão legislativa da 37ª Legislatura, mas não tem sessões. Não tem índices para o resto do ano. Sumários.
1907. Tem índices por assuntos no início da sessão legislativa de 3 de Janeiro a 12 Abril.
1908. Tem índices por assuntos no início da sessão..
1909. Tem índices no início da sessão.
1910. Não tem índices. Sumários por sessão.

Diário da Câmara dos Pares

1826. encadernação.
1827. encadernação.
1828. encadernação.
1827-1828. ver também Gazeta Oficial do Governo, não tem índices.
1835. encadernação.
1836. encadernação.
1836. ver também Diário do Governo, não tem índices.
1839-1840. Diário do Governo, não tem índices.

12.24. (Loc: Arq. Hist. Parl.); 1871.01.02 a 06.03. (Loc: Arq. Hist. Parl.); 1871.07.22 a 09.22, (Loc: Arq. Hist. Parl.); 1872.01.02 a 05.04, (Loc: Arq. Hist. Parl.); 1873.01.02 a 04.08, (Loc: Arq. Hist. Parl.); 1874.01.02 a 04.02, (Loc: Arq. Hist. Parl.); Em volumes separados; 1858.04.07 a 10.12, (Loc: Arq. Hist. Parl.); 1859.11.04 a 11.24, (Loc: Arq. Hist. Parl.); 1875.01.02 a 1875.04.02, (Loc: Arq. Hist. Parl.); 1875.01.02 a 1878.12.31, (Loc: Arq. Hist. Parl.); No mesmo volume; 1873.01.02 a 04.08, (Loc: Arq. Hist. Parl.); 1874.01.02 a 04.02, (Loc: Arq. Hist. Parl.); 1875.01.02 a 1878.12.31, (Loc: Arq. Hist. Parl.); 1879.01.02 a 06.19, (Loc: Arq. Hist. Parl.); 1880.01.02 a 06.07, (Loc: Arq. Hist. Parl.); 1881.01.02 a 06.04, (Loc: Arq. Hist. Parl.).

18. ÍNDICE TEMÁTICO

19. BIBLIOGRAFIA CITADA

A internacional e o socialismo ou Influencia do socialismo e da Internacional na administração e na política dos estados (por uma comissão do 3.° ano do do curso jurídico de 1871-1872, de que foi relator Joaquim Pereira Da Silva Amorim), Coimbra, 1872.

A justiça das eleições no systema representativo (por uma comissão do 3.° ano curso jurídico de 1871-1872, de que foi relator José Pimentel Homem de Noronha), Coimbra, 1872.

Albuquerque, Caetano d'Andrade, *Direitos dos operários (Estudos sobre as* Grèves*)*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1870.

Almeida (org. e introd. de), Pedro Tavares de, "Nos bastidores da eleição de 1881: a correspondência de José Luciano de Castro", em *Rev. História Económica e Social*, 5(1988) 65-113.

Almeida (org. e introd. de), Pedro Tavares de, *Comportamentos eleitorais em Lisboa (1878-1910)*, [S.l., s. n.], *Rev. história económica e social*, 5(1985), 65-113.

Almeida, Carlos Alberto Neves, *Os direitos fundamentais nas constituintes de 1821/1822*, Lisboa [s.n.], 1987. Relatório de mestrado de direito constitucional, Faculdade de Direito, Univ. Lisboa.

Almeida, Pedro Tavares de (org. e introd. de), *Legislação eleitoral portuguesa: 1820-1926*, Lisboa, INCM, 1998.

Almeida, Pedro Tavares de, *A Construção do Estado Liberal. Elite Política e Burocracia na Regeneração (1851-1890)*, Lisboa, 1995, 2 vols., Dissertação de doutoramento apresentada à Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Nova de Lisboa, policopiada.

Almeida, Pedro Tavares, *Eleições e caciquismo no Portugal oitocentista*, Lisboa, Difel, 1991.

Álvarez Alonso, Clara, "La legitimación el sistema. Legisladores, jueces y juristas en España (1810-1870 c.a.)", *História constitucional. Revista* electrónica, 4 (2003) e 5(Jun. 2004), em http://hc.rediris.es [11.08.2004].

Álvarez Alonso, Clara, *Lecciones de Historia del Constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

Andrade, Abel, *Administração e direito administrativo*, Coimbra, Arménio & Amado, 1893.

Andrade, Manuel A. Domingues, 1899-1958, "O Visconde de Seabra e o código civil", sep. do *Bol. Fac. de Direito*, 28 (1953).

Araújo, Fernando, "Almeida Garrett e o Constitucionalismo", in *Rev. Ass. Académica da FD-UL*, 24 (2001) 313-344.

Araújo, Fernando, *Adam Smith. O Conceito Mecanicista de Liberdade*, Coimbra, Livraria Almedina, 2001.
Arnaud, André-Jean, *La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, LGDJ, 1973.
Arroio, João, *Discursos parlamentares*, Porto, Imprensa Portuguesa, 1885.
Arthur Moraes de Carvalho, *Companhias de colonização*, Coimbra, 1903.
Ávila, António José d' [Conde de Ávila e Bolama], *Relatório sobre o cadastro*, Lisboa Imprensa Nacional, 1848.
Ávila, Carlos Lobo d', *Reflexões críticas sobre a reforma da carta: proposta pelo Sr. Dias Ferreira*, Lisboa, Diário de Lisboa, 1881.
Ávila, Thomas Lobo d', *Estudos de administração*, Lisboa, 1874.
Baker, Keith Michael, *Essays on French Political Culture of the Eighteenth Century*, Cambridge U.P., 1990.
Balbi, Adrien, *Essai statistique sur le royaume de Portugal et d'Algarve*, Paris, Rey et Gravier, 1822 [Lisboa, INCM, Faculdade de Economia da universidade de Coimbra, 2004].
Bandeira, Marquês de Sá da, *Carta dirigida José Maria Latino Coelho, sobre a reforma da Carta Constitucional*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1872
Baptista, Henrique, *Eleições e parlamentos na Europa*, Porto, 1903.
Baptista, Henrique, *Eleições e parlamentos na Europa*, Porto, Imprensa Commercial, 1903.
Barbagallo, Giuseppe, & Missori, Mário, "Il linguaggio delle sentenze", *in* Mazzacne, 2001, 169-186.
Barbera, A., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bari, Laterza, 1997.
Barberis, Mario, *Libertà*, Bologna, Il Mulino, 1999.
Batbie, Anselme, *Précis du cours de droit public et administratif*, Paris, Cotillon, 1881.
Batbie, Anselme, *Traité de droit public et administratif*, Paris, Cotillon, 1862.
Benigno, Francesco, "Specchi della rivoluzione: revisionismi storiografici a confronto", em *Storica*, 2(1995), 7-54.
Bleker (ed.), Hans Erich, *Begriffsgeschichte – Diskursgeschichte – Metapherngeschichte*, com contributos de Reinhart Koselleck, Ulrich Ricken, Hans Erich Bödeker, Jacques Guilhaumou, Mark Bevir, Rüdiger Zill und Lutz Danneberg, Göttingen, Wallstein Verlag 2001.
Bluntschli, Johann Kaspar, *Le droit public général*, trad. franc. de M. A. Riedmatten, Paris, Lib. Uillaumin1885 (2ª ed.).
Bluntschli, Johann Kaspar, *The theory of the State*, Oxford, 1885 (trad. da 6ª ed. alemã).
Borges, José Ferreira *Dissertação sobre o art.° 145, § 17*, Londres, L. Thompson, 1826.
Borges, José Ferreira, *Diccionario jurídico-commercial*, Lisboa, Typ. Da Sociedade Propagadora dos Conhecimentos Uteis, 1839.
Braga, Teófilo, *A dissolução do sistema monarchico constitucional*, Lisboa, 1881.
Braga, Teófilo, *Soluções positivas da política portuguesa*, Porto, Livraria Chardron, 1912.
Brancato, Braz Augusto Aquino, "D. Pedro I do Brasil e IV de Portugal e o constitucionalismo ibérico", *História constitucional. Revista* electrónica, 5(Jun. 2004), em http://hc.rediris.es [11.08.2004].
Brancato, Braz Augusto Aquino, *A Carta Constitucional Portuguesa de 1826 na Europa: um exame partir de documentos espanhóis*, em *Rev. de história das* ideias, 10(1988), p. 457-473.

Brandt, Peter, & Kirsch, Martin, & Schlegelmilch, Arthur (ed.), *Quellen zur europäischen Verfassungsgeschichte im 19. Jahrhundert, CD-ROM 1: Europa um 1800*, Bonn, J.H.W. Dietz Nachf., 2004.

Bueno, José António Pimenta, *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*, 2 vols., Rio de Janeiro, 1857.

Caetano, Marcello, *Manual de Direito administrativo*, Coimbra, Almedina, 1980, 9ª ed..

Calafate, Pedro, *Oliveira Martins*, Lisboa, Verbo, 1990.

Cameiro, Manuel Borges, *Direito civil de Portugal: contendo três livros: I das pessoas II nas cousas III das obrigações e acções*, Lisboa, Impressão Regia, 1826 (ed. utiliz., 1851)

Cândido, António, *Discurso proferido na Câmara dos Senhores Deputados na sessão de 15 de Julho de 1887*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1887.

Cândido, Jacinto, *Vida velha e vida nova. Discurso proferido na sessão de 18 de Abril de 1902*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1902.

Capela, José Viriato Eiras, *Entre-Douro-e-Minho 1750-1830 finanças, administração e bloqueamento estruturais no Portugal moderno*, Braga, J.V.E.C., 1987.

Capela, José Viriato, (estudo introd.), *Breves considerações históricas e críticas sobre as eleições da Província do Minho no ano de 1845 de Manoel Lobo da Mesquita Gavião*, Braga, Governo Civil do Distrito, 1999.

Capela, José Viriato, "A câmara, a nobreza e o povo do concelho de Barcelos", Sep. de *Barcellos Revista*, v.3, 1 (1986).

Capela, José Viriato, *A revolução do Minho de 1846 os difíceis anos de implantação do liberalismo*, Braga , Governo Civil, 1997.

Cappellini, Paolo & Sordi, Bernardo. (dir.), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milano, Giuffrè, 2002.

Cappellini, Paolo, "Der Wille zur Wahrheit. Qualche ipotesi preliminare su „storia della verità" e origine dell'ermeneutica giuridica liberale-borghese", em Cappellini, Paolo, et al., *De la Ilustración al liberalismo[...]*, cit., 67-120.

Cappellini, Paolo, et al., *De la Ilustración al liberalismo. Symposium en honor al Profesor Paolo Grossi*, Madrid, Centro de estadios Constitucionales, 1995.

Capra, Carlo "Repubblicanesimo dei moderni e costituzionalismo illuministico: riflessioni sull'uso di nuove categorie storiografiche", *Storia e società*, 26, n. 100-101(Abril--Setembro 2003), 355-372.

Carneiro, Bernardino Joaquim da Silva, *Elementos de direito ecclesiastico portuguez [...]*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1896 (seguido de *Documentos comprovantes de alguns pontos de doutrina dos Elementos [...]*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1896).

Carneiro, Manuel Borges, *Direito civil de Portugal: contendo três livros: I das pessoas; II das cousas; III das obrigações e acções*, Lisboa, Impr. Regia, 1826 (ed. utiliz., 1851).

Carvalho, José Liberato Freire de, *A Carta e os seus vinte dois anos de idade*, Lisboa, Typ. da Revolução de Setembro, 1848.

Carvalho, José Liberato Freire de, *Ensaio histórico-político sobre a constituição e governo do reino de Portugal*, Paris, 1830

Carvalho, José Murilo de, *I. A construção da Ordem. II. Teatro de sombras*, Rio de Janeiro, UFRJ, 1996.

Carvalho, Porphyrio Hermiterio de, *Primeiras linhas de direito agrario deste Reino*, Lisboa, 1815.

Castro, Gabriel Pereira, *Tractatus de manu regia*, Olyssipone 1622-1625 (ed. cons. Lugduni, 1673).

Castro, José Luciano de, *Reforma da carta: projecto de lei apresentado na Câmara dos Senhores Deputados em sessão de 24 de Janeiro de 1872*, Lisboa, Impr. de J. G. de Sousa Neves, 1872.

Castro, José Luciano de, *Reforma eleitoral: relatório e projecto de lei apresentado na Câmara dos Senhores Deputados em sessão de 31 de Janeiro de 1882*, Lisboa, Impr. Nacional, 1882.

Castro, Manuel de Oliveira Chaves e, *O beneplacito regio em Portugal*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1885.

Castro, Zília Maria Osório de (ed.) (2001), *Dicionário do Vintismo e do primeiro Cartismo (1821-1823 e 1826-1828)*, Porto, Afrontamento e Assembleia da República, 2001.

Castro, Zília Maria Osório de, "O regalismo em Portugal. António Pereira de Figueiredo", *Cultura, História e Filosofia*, 6(1987), 357-411.

Castro, Zília Maria Osório de, "A ideia de liberdade (1821-1823). Fundamentação teórica e prática política", *Cultura. Revista de História e Teoria das Ideias*, II série, Vol. XIII/2000/2001, pp. 19-35.

Castro, Zília Maria Osório de, "Constitucionalismo vintista. Antecedentes e pressupostos", in *Cultura, História e Filosofia*, 5(1986), 497-652.

Castro, Zília Maria Osório de, "Manuel Borges Carneiro e a teoria do estado liberal", *Revista de história das ideias*, 1(1973).

Castro, Zília Maria Osório de, "The Portuguese Constitution of 1822. Power, Conflicts and Social Tensions", em *Parliaments, Estates & Representation Parlements, États & Représentation*, 12 (1992), p. 155–164.

Castro, Zília Maria Osório de, *Manuel Borges Carneiro e o Vintismo*, Lisboa, INIC, 1990.

Catroga, Fernando, "A Maçonaria e restauração da Carta Constitucional em 1842", *Revoltas e revoluções (= Rev. Hist. Ideias)*, Coimbra, Instituto de História das Ideias, 1984, 155-181

Catroga, Fernando, *O republicanismo em Portugal. Da formação ao 5 de Outubro de 1910*, Coimbra, Faculdade de Letras, 1991.

Cazzetta, G., "L'autonomia del diritto del lavoro nel dibattito giuridico tra fascismo e repubblica", em Paolo Grossi (dir.), *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica (= Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 28/29[1999]), Milano, Giuffrè, 1999, 511-631.

Clavero, Bartolomé, "Código Civil, título preliminar: primera recepción española y primer rechazo constitucional", em Cappellini, Paolo, et al., *De la Ilustración al liberalismo [...]*, cit., 139-156.

Clavero, Bartolomé, "Historia como derecho. La libertad mercantil", Petit, Carlos, *Dall* ius mercatorum [...], cit, 383-396.

Clavero, Bartolomé, "La Paix et la Loi: ¿absolutismo constitucional?", em *Anuario de Historia del Derecho Español*, 69(1999), pp. 603-645.

Clavero, Bartolomé, "Origen constitucional de la codificación civil en España (entre Fran-

cia y Norteamérica", em Petit, Carlos (org.), *Derecho privado y revolución* burguesa, Madrid, Marcial Pons, 1990, 53-86.

Clavero, Bartolomé, *Manual de historia constitucional de España*, Madrid, Alianza editorial, 1989.

Clavero, Bartolomé, *Usura. Del uso económico de la religión en la historia*, Madrid, Tecnos, 1984._

Coelho, Manuel Trindade *Manual politico do cidadão portuguez*, Lisboa, Parceria A. M. Pereira, 1906; agora republicado em Hespanha, António Manuel (dir.), & Silva, Cristina Nogueira da, *Fontes para a história constitucional portuguesa [...]*, cit..

Coelho, Maria Helena da Cruz & Magalhães, Joaquim Romero, *O poder concelhio: das origens às artes constituintes: notas da história social*, Coimbra, Centro de Estudos e Formação Autárquica, 1986.

Coing, Helmut (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III 2, München, Beck, 1982.

Collaço, João Maria Tello de Magalhães, *Ensaio sobre a inconstitucionalidade das leis no direito português*, Coimbra, França e Armenio, 1915.

Collaço, João Tello de Magalhães, *Ensaio sobre a inconstitucionalidade das leis*, Coimbra, França e Arménio Editores, 1915.

Considerações sobre a Constituição da Monarquia Portuguesa, para as reformas que se devem fazer na Carta Constitucional de 29.4.1826, Lisboa 1851.

Costa, Afonso, *Lições de Organização Judiciária*, Coimbra, Lithographia da Rua das Cosinhas, s.d..

Costa, Mário Júlio de Almeida, «Leis, Cânones, Direito», *Dicionário de História de Portugal*, dir. Joel Serrão, Lisboa, Iniciativas Editoriais, III, pp. 453-471,

Costa, Mário Júlio de Almeida, «O Ensino do Direito em Portugal no Século XX. Notas sobre as Reformas de 1901 e de 1911», in *Boletim da Faculdade de Direito*, 39(1963).

Costa, Pietro & Zolo, Danilo, *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002.

Costa, Vicente José Ferreira Cardoso da, *Memoria sobre a avaliação os bens de prazo*, Lisboa, 1802.

Cotta, Maurizio, *Parliamentary representatives in Europe, 1848-2000: legislative recruitment and careers in eleven European countries*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

Cruz, M. S. [Manuel dos Santos], *A Europa sem véu: ultimatum aos gabinetes ou nenhuma pollitica, senão as garantias de facto; a politica das nacionalidades*, in "Obras Politicas", Tomo I, Parte Primeira, Lisboa, Imprensa da Rua dos Fanqueiros, 1834.

Cruz, M. S. [Manuel dos Santos], *Projecto de modificações à Constituição de 1822*, Lisboa, Palácio das Cortes, 1822.

Delgado, Rui Nuno Alves Rodrigues, "O liberalismo político-económico em Mouzinho da Silveira: um contributo para a busca da identidade liberal nacional," Lisboa 1997, 190 pp.

Dias, Graça da Silva, & Dias, José Sebastião da Silva, *Os primórdios da maçonaria em Portugal*, Lisboa, Instituto Nacional de Investigação Científica, 1984.

Dias, Henrique, "A carta constitucional prometida", in *Cultura, História e Filosofia*, Vol. VI, (1987), p. 543-574.

Dias, José s. da Silva , *O Vintismo: realidade e estrangulamentos políticos*, in Reis, J., Mónica, F., Lima dos Santos, M. L. (org.), *O séc. XIX em Portugal*. Lisboa, 1979, 303-308.

Dios, Salustiano de, "Corporación y Nación. De las Cortes de Castilla a las Cortes de España", em Cappellini, Paolo, et al., *De la Ilustración al liberalismo[...]*, cit., 197-298.

Dippel, Horst, "Representation, Representatives and the Right to Vote, Or the Arduous Path Towards Democratic Representation in the United States, 1776-1849", em Horst Dippel, *Novas perspectivas sobre o constitucionalismo moderno*, Lisboa, Gulbenkian (em preparação).

Dippel, Horst, "The Ambiguities of Modern Bicameralism: Input- vs. Output-Oriented Concepts in the American and French Revolutions", em *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 71 (2003), 409-424.

Dippel, Horst, *Constitutions of the World 1850 to the Present/Verfassungen der Welt 1850 bis zur Gegenwart*, Mikrofiche-Edition, München: K. G. Saur, 2002, Part/Teil 1: Europe/Europa

Ducqroq, L., *Cours du droit administratif*, 5.ª ed., Paris, Ernest Thons, 1881.

Ducqroq, L., *Droit constitutionnel*, Paris, A. Fontemoing, 1907.

Duso, Giuseppe, "L'Europa e la fine della sovranità", em *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 31.1(2002), 109-139.

Edouard-René Lefebvre de Laboulaye ,«De la constitution américaine et de l'utilité de son étude: discours prononcé le 4 déc. 1849 à l'ouverture du cours de législation comparée», *Revue de législation et jurisprudence*, décembre 1849

Enterría, Eduardo García de, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, Madrid, Alianza Editorial, 1994.

Espregueira, M. A. D', *As despezas publicas e a administração financeira do Estado*, Lisboa, Typ. do "Commercio de Portugal", 1896.

Fernandes, Francisco Joaquim, *Estudo sobre organização administrativa. Contencioso administrativo sob o aspecto theorico e pratico*, etc., Coimbra, 1891.

Fernández Sarasola, Ignacio, *Poder y libertad: los orígenes de la responsabilidad del Ejecutivo en España (1808-1823)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

Ferrão, Francisco A. Silva, *Tractado sobre direitos e encargos da Serenissima Casa de Bragança*, Lisboa, Imp. de J. J. Andrade e Silva, 1852,

Ferrão, Francisco António da Silva *Diccionario elementar remissivo ao Código Civil Portuguez com annotações e indicações jurídicas*, Lisboa, 1869.

Ferreira, João Pedro Rosa, "A proposta constitucional do *Correio Braziliense*", *Cultura, filosofia e história*, 5(1986) 737-770.

Ferreira, José Dias, *Codigo civil annotado*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1894-1905 (2ª ed.).

Ferreira, José Dias, *Discurso sobre as reformas constitucionaes*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1900.

Ferreira, Silvestre Pinheiro, *Breves observações sobre a Constituição Política da Monarchia Portugueza decretada pelas Cortes Geraes Extraordinarias e Constituintes reunidas em Lisboa no anno de 1821*, Paris, Rey E. Gravier, 1837; agora republicado em Hespanha, António Manuel (dir.), & Silva, Cristina Nogueira da, *Fontes para a história constitucional portuguesa [...]*, cit..

Ferreira, Silvestre Pinheiro, *Compendio de derecho publico interno y externo*, Lima (Peru), s/d.; agora republicado em Hespanha, António Manuel (dir.), & Silva, Cristina Nogueira da, *Fontes para a história constitucional portuguesa [...]*, cit..

Ferreira, Silvestre Pinheiro, *Observações sobre a Constituição do Império do Brazil e sobre a Carta Constitucional do Reino de Portugal*, Paris, Rey &. Gravier, 1827; agora republicado em Hespanha, António Manuel (dir.), & Silva, Cristina Nogueira da, *Fontes para a história constitucional portuguesa [...]*, cit. (ed. repr., 1835, 2ª ed.).

Ferreira, Silvestre Pinheiro, *Projecto da associação para o melhoramento das classes industriosas*, Paris, Rey & Gravier, 1840.

Ferreira, Silvestre Pinheiro, *Projecto de Codigo Politico para a Nação Portugueza*, Paris, Rey &. Gravier, 1938; agora republicado em Hespanha, António Manuel (dir.), & Silva, Cristina Nogueira da, *Fontes para a história constitucional portuguesa [...]*, cit..

Ferreira, Silvestre Pinheiro, *Projecto d'um systema de providencias para a convocação das Cortes Geraes e restabelecimento da Carta Constitucional: appendice parecer de dois concelheiros da coroa constitucional sobre os meios de se restaurar o governo representativo em Portugal*, Paris, Of. Typ. de Casimir, 1832.

Ferreira, Silvestre Pinheiro, *Projectos de Ordenações para o reino de Portugal*, Paris, Of. Typographica de Casimir, 1831; agora republicado em Hespanha, António Manuel (dir.), & Silva, Cristina Nogueira da, *Fontes para a história constitucional portuguesa [...]*, cit..

Fioravanti, Maurizio, "La Statuto [Albertino] e il costituzionalismo dell'étà liberale", em M. Fioravanti, *La scienza de diritto pubblico [...]*, cit., 821-835.

Fioravanti, Maurizio, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. I Le liberta: pressuposti culturali e modelli storici*, Torino, G. Giappichelli Ed., 1991.

Fioravanti, Maurizio, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999.

Fioravanti, Maurizio, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979.

Fioravanti, Maurizio, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra otto e novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, 2 vols..

Flora, Peter & Jens Alber, Richard Eichenberg, Jürgen Kohl, Franz Kraus, Winfried Pfenning, Kurt Seebohm, *The Growth of Mass Democracies and Welfare States*, vol. I, Campus Verlag, Frankfurt, Macmillan Press, London, St. James Press, Chicago, 1983

Franco, António de Sousa, "Ensaio sobre as transformações estruturais das finanças públicas portuguesas: 1900-80", *Análise social*, 18(72-74, (1982-1983), 1105-1138.

Franzini, Marino Miguel, *Ensaio sobre o o orçamento da dívida pública, receita, e despeza do thesouro do reino de Portugal no anno de 1826 [...]*, Lisboa, Imprensa Régia, 1827

Freire, Pascoal [José] de Melo, *Historia iuris civilis lusitani*, Conimbricae, 1778.

Freire, Pascoal José de Melo, *Institutiones iuris civilis lusitani*, Conimbricae, 1789 (ed. utiliz., 1853).

Freitas, Pedro Miguel Martins Gonçalves Caridade de, *Um testemunho na transição para o século XIX: Ricardo Raimundo Nogueira*, diss. Mestrado na Faculdade de Direito da Univ. Lisboa, 2003.

Friedrich, Manfred, *Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Berlin, Duncker and Humblot, 1997.

Fuschini, Augusto *O presente e o futuro de Portugal*, Lisboa, Companhia Typographica, 1899.

Garcia, Manuel Emygdio, *Apontamentos de Algumas Prelecções do Dr. Emygdio Garcia no curso de sciencia política e direito político coligidos pelo padre A. Camelo e Abel de Andrade*, Coimbra, Typ. Do Marco da Feira, 1893.

Garcia, Manuel Emygdio, *Lições de Ciência política e Direito político*, Coimbra, lições litogr., Litografia do Marco da Feira, 1890; agora republicado em Hespanha, António Manuel (dir.), & Silva, Cristina Nogueira da, *Fontes para a história constitucional portuguesa [...]*, cit..

Garcia, Manuel Emygdio, *Plano desenvolvido do Curdo de Sciencia Politica e Direito Politico*, Coimbra, Typ. Luís Cardoso, 1885; agora republicado em Hespanha, António Manuel (dir.), & Silva, Cristina Nogueira da, *Fontes para a história constitucional portuguesa [...]*, cit..

Garcia, Manuel Emygdio, *Programa da 4ª cadeira da Faculdade de Direito*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1893.

Garcia, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias, *Da Justiça Administrativa em Portugal: sua origem e evolução*, Lisboa, Univ. Católica Editora, 1994.

Garcia, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias, *Do Conselho de Estado ao actual Supremo Tribunal Administrativo*, Lisboa, Supremo Tribunal Administrativo, 1998.

Garrido, Alberto Guedes Coutinho *Dissertação inaugural para o acto de conclusões magnas na Faculdade de Direito: Quais os limites da acção do Estado em relação à industria mineira*, Coimbra, 1868.

Garrigues, Jean, *Le général Boulanger*, Paris, Perrin, 1999

Goodolfim, José Cipriano da Costa, *A associação*, Lisboa, Seara Nova, 1974

Gracias, J. A. Ismael, *Carta constitucional da Monarquia Portuguesa e seus Actos Adicionais. Edição prefaciada a annotada*, Nova Goa, 1895.

Gracias, J. A. Ismael, *Principios de direito administrativo*, Nova Goa, 1898.

Graziano, Luigi, *Clientelismo e sistema politico. Il caso dell'Italia*, Milano, Angeli, 1979.

Grossi, Paolo (coord.), *Codici. Una riflessione di fine di milenio*, Milano, Giuffrè, 2002.

Grossi, Paolo (dir.), *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica* (= *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 28/29[1999]), Milano, Giuffrè, 1999.

Grossi, Paolo, "Itinerari dell'impresa", em Paolo Grossi (dir.), *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica* (= *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 28/29[1999]), Milano Giuffrè, 1999.

Halpérin, Jean-Louis, Orígenes de la noción moderna de jurisprudencia. Una obra jurídica del Tribunal de Casación bajo Revolución Francesa", em Petit, Carlos, *Derecho privado [...]*, 133-156.

Hattenhauer, Hans, *Geschichte des Beamtentums*, Köln 1980.

Hauriou, Maurice, "Philosophie du droit et science sociale", em *Rev. du droit public*, t. XII, 1899, p. 462.

Hauriou, Maurice, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Albert Fontemoing, 1901.

Hauriou, Maurice, *Précis de droit administratif*, Paris, L. Larose & Forcel, 2ª ed., 1893.
Herzer, Evi, *Der Naturrechtsphilosoph Heinrich Ahrens (1808 – 1874)*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994.
Herzog,Tamar, *Defining Nations: Immigrants and Citizens in Early Modern Spain and Spanish America*, New Haven, Yale University Press, 2003
Hespanha, António Manuel (dir.), & Silva, Cristina Nogueira da, *Fontes para a história constitucional portuguesa*, Lisboa, Faculdade de Direito da UNL, 2004 (em DVD; Faculdade de Direito da Univ. Nova de Lisboa e www.bn.pt, *site* da Biblioteca Nacional, Lisboa).
Hespanha, António Manuel *História das instituições. Épocas medieval e moderna*, Coimbra, 1982.
Hespanha, António Manuel, "O indivíduo face ao poder. Portugal. Sécs. XVI-XVII", em *L'individu face au pouvoir*, Bruxelles, Société Jean Bodin, 1989, 131-151.
Hespanha, António Manuel, "O projecto institucional do tradicionalismo reformista", em *O liberalismo na península ibérica na primeira metade do século XIX*, Lisboa, Sá da Costa, 1982, I, 63-90.
Hespanha, António Manuel, "Categorias. Uma reflexão sobre a prática de classificar", *Análise social*, 38.168 (2003), 823-840.
Hespanha, António Manuel, "Luís de Molina e a escravização dos negros", *Análise Social*, 157(2001), 937-990.
Hespanha, António Manuel, "Marginalia sobre dois seminários de história do poder", *Themis*, 6(2003), 165-193.
Hespanha, António Manuel, "Qu'est-ce que la constitution dans les monarchies ibériques de l'époque moderne", *Themis*, 2000(2001), 5-18.
Hespanha, António Manuel, *A história do direito na história social*, Lisboa 1977.
Hespanha, António Manuel, *Cultura jurídica europeia. Síntese de um milénio*, Lisboa, Europa-América, 2003.
Hespanha, António Manuel, *História de Portugal moderno. Político e institucional*, Lisboa, Universidade Aberta, 1995.
Hespanha, António Manuel, *O Antigo Regime (1620-1810)*, volume IV da *História de Portugal*, dirigida por José Mattoso, Lisboa, Círculo dos Leitores, 1993 (coordenação e elaboração de parte do texto).
Hespanha, António Manuel, *O jurista e o legislador na construção da propriedade burguesa*, versão polic., Lisboa, 1980, 80 pp.; versão abreviada (sem aparato crítico completo), *Análise social*, 61-62(1980), 211-236.
Hespanha, António Manuel, Recensão a P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico, 1850-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, in *Themis*, 3(2001), 457-468
Hespanha, António Manuel, Recensão a Paolo Grossi (et al.), *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e reppublica* (= Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno (28/29), Milano, Giuffrè, 1999, in *Themis*, 3(2001), 459-497
Hespanha, António Manuel, trad. de John Gilissen, *Introduction historique au droit*, Bruxelles, 1984: tradução portuguesa (*Introdução histórica ao direito*, em colaboração com Manuel Macaista Malheiros) e adaptação (redacção de capítulos especiais), Lisboa, Gulbenkian, 1988.

Hilaire, Jean, "Las sociedades en nombre colectivo en la Francia del siglo XIX", Petit, Carlos, *Derecho provado [...]*, cit., 333-348.

Hoffmann, Hasso, *Repräsentation. Studien zum Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, Berlin, Duncker & Humblot, 1974.

Homem, Amadeu José de Carvalho, "Conciliação e confronto no discurso republicano (1870-1890)", *Revoltas e revoluções* (= *Rev. Hist. Ideias*), Coimbra, Instituto de História das Ideias, 1984, 281-312.

Homem, António Pedro Barbas Homem, *Lei fundamental e lei constitucional, a formação do conceito de constituição contributos para uma história do direito público*, Lisboa, 1985, 83 fl., Relatório de mestrado de direito constitucional, na FD-UL.

Homem, António Pedro Barbas, "Algumas notas sobre a introdução do Código Civil de Napoleão em Portugal, em 1808", em *Revista jurídica*, 2/3(1985) 102 ss..

Homem, António Pedro Barbas, *Judex perfectus. Função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal. 1640-1820*, Coimbra, Almedina, 2003.

Jardim, António dos Santos Pereira, *Princípios de finanças*, Coimbra, 1873.

Jobim, Leopoldo Collor, "Considerações sobre a teoria de representação política em Silvestre Pinheiro Ferreira", *Revoltas e revoluções* (= *Rev. Hist. Ideias*), Coimbra, Instituto de História das Ideias, 1984, 625-646

Juntas de parochia (relatório por uma comissão do curso do 3.º ano jurídico de 1871-1872, de que foi relator Manuel Antonio da Silva Rocha), Coimbra, 1872.

Kirsch, Martin & Schiera, Pierangelo (eds.), *Denken und Umsetzung des Konstitutionalismus in Deutschland und anderen europäischen Ländern in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, Berlin, Duncker & Humboldt 1999 (= *Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte*, Bd. 28).

Kirsch, Martin & Schiera, Pierangelo (eds.), *Verfassungswandel um 1848 im europäischen Vergleich*, Berlin, Duncker & Humboldt 2001 (= *Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte*; vol. 41).

Kirsch, Martin, et al., (Hg.), *Der Verfassungsstaat vor der Herausforderung der Massengesellschaft. Konstitutionalismus um 1900 im europäischen Vergleich* (= Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, Bd. 36).

Kosellek, Reinhardt, *Le futur passé. Contribution à la sémantique des temps historiques, Paris*, École des Hautes Études en Sciences Sociales, 1990.

Lagarrigue, Jorge, *La dictature republicaine d'après Auguste Comte*, Paris, Apostolat positiviste, 1888.

Laranjo, José Frederico, *Princípios de economia política: 1891*, Lisboa, Banco de Portugal, 1997.

Laranjo, José Frederico, *Princípios direito político e direito constitucional portuguez*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1898-1907 (publicação em fascículos, de ordenação problemática e cujo *fac-simile* é agora republicado em Hespanha, António Manuel (dir.), & Silva, Cristina Nogueira da, *Fontes para a história constitucional portuguesa [...]*, cit..

Laranjo, José Frederico, *Princípios e instituições de direito administrativo*, Coimbra, 1888.

Laranjo, José Frederico, *Sociedades cooperativas*, Lisboa, David Corazzi, 1885.

Latorre, Massimo, "Nostalgia for the homogeneous community Karl Larenz and the National Socialist theory of contract", em *Rechtstheorie* 30(1999), 179-226.

Laveleye, Émile de, *Le socialisme contemporain*, Paris, Germier Baillière, 1894.
Laveleye, Émile de, *O futuro dos povos católicos*, trad. port., Lisboa, Liv. Evangélica, 1905.
Leitão, António José de Lima, *Projecto de uma Constituição de Portugal no ano de 1837. Esboçado pelo Dr. [...] Lente da Clinica Medica, Hygiene Publica e Medicina Legal da Escola Medica Cirurgica de Lisboa; Deputado as Cortes de 1823 por Goa e as Cortes de 1826, pelo Algarve*, Lisboa, Impr. de J. M. R. e Castro, 1837, 57 pp. (parcialmente reproduzido em José Goncalo Santa Rita, "As disposições coloniais em um projecto para a constituição de 1838", em *Boletim Geral das Colónias*, 19(1943), n.º 214, 27-37).
Leme, Luís da Câmara, *Discursos sobre incompatibilidades politicas pronunciados na Câmara dos Dignos Pares do Reino nas sessões de 14 de Janeiro, 27 de Fevereiro, 12 e 13 de Abril de 1901*, Lisboa, Imp. Nacional, 1901.
Lima, Fernando Andrade Pires de, & Varela, João de Matos Antunes, *Noções fundamentais de direito civil*, Coimbra, Coimbra Editora, ed. util. 1962.
Lobo, José Joaquim Ferreira, *Instrucção geral e história dos serviços do Ministério da Fazenda*, Lisboa, Typ. Progressista, 1874.
MacDonagh, Oliver "On the Nineteenth Century revolution in government", em *Historical journal*, 1958.
MacDonagh, Oliver, *Early Victorian government, 1830-1870*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1977.
Macedo, José Agostinho de, *Bazes eternas do Constituição Politica achada na Cartilha do Mestre Ignacio pelo sacristão do Padre Cura D'Aldeia*, Lisboa, Imp. da Rua Formosa, 1824, 37/38.
MacIntyre, Allister, *After Virtue – a study in moral theory*, Univ. of Notre Dame Press, 1981.
MacLeod, Roy, *Government and expertise. Specialists, administrators and professionals, 1860-1919*, Cambridge, Cambridge university Press, 2003.
Magalhães, António de Assis Teixiera de, *Collecção de legislação fiscal*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1884.
Maia, Francisco M. Faria e, *Determinação e desenvolvimento da idêa do direito. Synthese da vida juridica*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1878.
Maltez, José Adelino, *Ensaio sobre o Problema do Estado*, Lisboa, Academia Internacional da Cultura Portuguesa, 1991.
Manique, António Pedro *Mouzinho da Silveira liberalismo e administração pública*, Lisboa, Liv. Horizonte, D.L. 1989.
Manique, António Pedro, *A reforma administrativa de Mouzinho da Silveira: aplicação e resultados*, Texto policopiado, Lisboa, ed. aut. polic., 1986.
Mannoni, Stefano, *Une et indivisible. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, Milano, Giuffrè, 1994-1996, 2 vols..
Mannori, Lucca, "Tocqueville critico di Macarel", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 18(1989) 607 ss..
Mannori, Lucca, & Sordi, Bernardo, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, Laterza,2001.
Marcos, Rui Manuel de Figueiredo, "Traços da legislação penal pombalina", em Jorge de Figueiredo Dias (org.), Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues, Coimbra Editora, 2001, 2.v., p.241-257.

Marcos, Rui Manuel de Figueiredo, *A legislação [...], A Legislação Pombalina. Alguns Aspectos Fundamentais*, Separata do *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, Universidade, 1990 (= *Bol. Fac. Dr. Coimbra*, Supl. 33(1990)).

Marcos, Rui Manuel de Figueiredo, *As Companhias Pombalinas: Contributo para a História das Sociedades por Acções em Portugal*. Coimbra, Livraria Almedina, 1997.

Marques, Mário Reis, "Elementos para uma aproximação do estudo do "usus modernus pandectarum" em Portugal, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 58(1982), 819 ss..

Marques, Mário Reis, *Codificação e paradigmas da modernidade*, Coimbra, ed. autor, 2003.

Marques, Mário Reis, *O liberalismo e a codificação do direito civil em Portugal. Subsídios para o estudo da implantação em Portugal do Direito moderno*, Separata do Bol. Fac. Direito da Univ. de Coimbra, 29(1987).

Martini, Carlo Antonio de, *Positiones de lege naturali*, Viena, 1772 (Olisipone, Franciscum Borges de Sousa, 1772, Conimbricae, 1802; e outras edições).

Martins, Afonso de Oliveira, *Ensaio sobre o conceito de poder constituinte: o fenómeno e a ideia de poder constituinte*, Lisboa, Faculdade de Direito da Univ. Lisboa, 1985.

Martins, Joaquim P. Oliveira, *Política e economia nacional*, Porto, Magalhães & Moniz, 1885.

Martins, Joaquim P. Oliveira, "Aperçu sur la situation du Portugal", em *Política e história. 1884-1893*, Lisboa, Guimarães Editores, 1957.

Martucci, Roberto, *Storia costituzionale italiana. Dallo Statuto Albertino all Repubblica (1848-2001)*, Roma, Carocci, 2002.

Mata, Maria Eugénia, & Valério, Nuno, *História económica de Portugal. Uma perspectiva global*, Lisboa, Presença, 2003 (2ª ed.).

Mata, Maria Eugénia, "A Campanha das Obras Públicas de Portugal", Universidade Nova de Lisboa, Faculdade de Economia, June 1992, Working Paper n.° 186, em publicação em *State, Economy, and Society in Western Europe, 1815-1975. A Data Handbook in two Volumes*.

Mata, Maria Eugénia, "As três faces do fontismo: projectos e realizações", *Estudos em homenagem a Vitorino Magalhães Godinho*, Lisboa, Sá da Costa, 1988.

Mata, Maria Eugénia, "Economic Ideas and Economic Policy in Portugal in the 19th Century", Universidade Nova de Lisboa, Faculdade de Economia, Working Paper n.° 243, Fevereiro, 1995

Mata, Maria Eugénia, *As finanças públicas portuguesas da Regeneração à II Guerra Mundial*, Lisboa, Banco de Portugal, 1994.

Matta, José Caeiro da, *Pessoas sociaes administrativas*, Coimbra, 1903.

Mazzacane, Aldo (coord.), *I linguaggi delle istituzioni*, Napoli, CUEN, 2001.

Medeiros, Francisco José de, *Sentenças: direito e processo civil*, Lisboa, M. Gomes, 1904.

Melis, Guido, & Sepe, Stefano, "La burocrazia e la storia d'Italia. Un tentativo di insegnare storia ai futuri dirigenti dello Stato", *Le carte e la storie*, III.2, 1997, p. 63 ss..

Melis, Guido, "Introduzione: La formazione e il reclutamento dei funzionari tra Otto e Novecento", in Angelo Varni e Guido Melis (a cura di), *Burocrazia a scuola. Per una storia della formazione del personale pubblico nell'Otto-Novecento*, Torino, Rosenberg & Sellier, 2000, pp. 7-29.

Melis, Guido, Guido, *Uomini e scrivanie. Personaggi e luoghi della pubblica amministrazione*, Roma, Editori Riuniti, 2000.

Melis, Guido, *La burocrazia*, Bologna, Il Mulino, "Farsi un'idea", 1998.

Melis, Guido, *Storia dell'Amministrazione italiana 1861-1993*, il Mulino, Bologna, 1996 (2ª ed. modific. 1999).

Melis, Guido, Tostati, Govanna, "Il linguaggio della burocrazia italiana tra Otto e Novecento", *in* Mazzacane, Aldo (coord.), *I linguaggi delle istituzioni*, Napoli, CUEN, 2001, 129-148.

Menezes, Alberto Carlos de, *Plano de reforma dos forais*, Lisboa, 1825.

Merêa, Manuel Paulo, "Esboço de uma História da Faculdade de Direito. 1.° período: 1836-1865", *Boletim da Faculdade de Direito Coimbra*, 28(1952), 99-180.

Merêa, Manuel Paulo, "Esboço de uma História da Faculdade de Direito. 2.° período: 1865-1902", *Boletim da Faculdade de Direito Coimbra*, 29(1953), 23-197.

Merêa, Manuel Paulo, "Lance de Olhos sobre o Ensino do Direito (Cânones e Leis), desde 1772 até 1804", *Boletim da Faculdade de Direito Coimbra*, 33(1957), 187-214.

Merêa, Manuel Paulo, "O Ensino do Direito em Portugal de 1805 a 1836", in *Jurisconsultos Portugueses do Século XIX*, Lisboa, Ordem dos Advogados, 1947, 149 ss..

Merêa, Manuel Paulo, "Projecto de Constituição de 1823", Coimbra 1967 (sep. *Bol. Fac. Dir. Coimbra*, n.° 43).

Meriggi, Marco, "*Verfassung/Constitution*: la "confusione babilonese dell Medio Ottocento", em *Giornale di storia costituzionale*, 1(2001), 61-72.

Monarch und Parliament im 19. Jahrhundert. Der monarchische Konstitutionalismus als europäischer Verfassungstyp – Frankreich im Vergleich, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1999 (= Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Geschichte, vol. 150).

Moncada, Luis Cabral de, "O séc. XVIIII na legislação de Pombal", *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 9(1925-1926), 167-202.

Moncada, Luís Cabral de, *Subsídios para uma história da filosofia do direito em Portugal*, *Bol. Fac. Dir. Coimbra* 14(1937-1938); ed. recente, em livro, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

Mónica, Maria Filomena (coord.), *Dicionário bibliográfico parlamentar*, Lisboa, Assembleia da República, 2004- … .

Mónica, Maria Filomena "A lenta morte da Câmara dos Pares", *Análise social*, 125(1994) 121-152.

Mónica, Maria Filomena, "As reformas eleitorais no constitucionalismo monárquico. 1852-1910", *Análise social*, 139(1966) 1039-1084.

Monnier, François, & Thuillier, Guy, *Vérités et fictions de la bureaucratie*, Paris, Fayard, 2003.

Monteiro, A. M. do Couto, *A garantia dos funccionarios administativos*, Lisboa, 1866.

Monteiro, Nuno Gonçalo Freitas, *Elites e Poder. Entre o Antigo Regime e o Liberalismo*, Lisboa, ICS, 2003.

Monteiro, Nuno Gonçalo Freitas, *O crepúsculo dos grandes a casa e o património da aristocracia em Portugal: 1750-1832*, Lisboa, INCM, 2003 (2ª ed.).

Morato, Francisco Manuel Trigoso de Aragão, *Memórias*, publicadas por Ernesto de Campos de Andrade, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1933.

Motta, Silveira da, *Discurso proferido na Câmara dos senhores deputados àcerca da reforma constitucional, na sessão de 10 de Abril de 1885*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1885.

Musella, Luigi, *Il Trasformismo*, Bologna, Il Mulino, 2003.

Neto, Vítor, "Herculano: política e sociedade, Revoltas e revoluções" (= *Rev. Hist. Ideias*), Coimbra, Instituto de História das Ideias, 1984, 647-670.

Neves, António Castanheira, *O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra, [sn], 1983.

Neves, José Acúrsio das, *Historia geral da invasão dos francezes em Portugal e da restauração deste reino*, Lisboa, na Off. de Simão Thaddeo Ferreira, 1810-1811, 5 vols..

Novais, António Jorge Pina dos Reis, *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao estado social e democrãtico de direito*, Lisboa, Diss. mestrado à Faculdade de Direito da Univ. Lisboa 1985 (dactilografada; também em *Bol. Fac. Direito Coimbra*, n.° 29).

Nunes, João Paulo Avelãs Nunes, "A indústria mineira em Portugal continental desde a consolidação do regime liberal ao I Plano de Fomento do Estado Novo (1832-1953). Um esboço de caracterização, em *Revista portuguesa de história*, 35(2001-2002), 421-464.

O município e a descentralização (por una comissão do 3.° ano do curso jurídico de 1871-1872, de que foi relator Candido de Figueiredo), Coimbra, 1872.

Ó, Jorge Ramos do, *O governo de si mesmo. Modernidade pedagógica e encenações disciplinares do aluno liceal (último quartel do século XIX – meados do séc. XX)*, Lisboa, Educa, 2003.

Ó, Jorge Ramos, do *O governo dos escolares: uma aproximação teórica às perspectivas de Michel Foucault*, Lisboa, Educa/Prestige, 2001.

Opinione pubblica. Storia, politica, costituzione dal XVII al XX secolo (= *Giornale di Storia costituzonale*, 6.II semestre 2003).

Orlando, Vittorio E., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, Società Editrice Libraria, 1901.

Orlando, Vittorio E., *Principii di diritto costitutionale*, Firenze, G. Barbera, 2.ª ed., 1890.

Pedrosa, A. L. Guimarães, *Curso de sciencia da administração e direito administrativo: reflexões feitas na Universidade de Coimbra*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1908, 2ª ed., 2 v..

Pegas, Manuel Álvares, *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliael*, Ulysipone 1669-1703.

Peixoto, Alfredo Pinto da Cruz da Rocha "A noção de personalidade jurídica considerada como grandeza abstracta variável", *O Instituto*, vols. 50-52.

Pereira, Manuel Pedro Cunha da Silva *A limitação jurídica do poder político nos trabalhos das assembleias constituintes portuguesas do período liberal*, Lisboa, (s.n.], 1987. Relatório de mestrado da cadeira de direito constitucional, Faculdade de Direito, Univ. Lisboa.

Peset, Mariano, "Propiedad y crédito agrario", em Petit, Carlos, *Derecho privado [...]*, cit., 157-186.

Peterson, Claes, "De la teoria del *status* a la subjetividad jurídica. El problema de la per-

sona jurídica en al derecho sueco de sociedades anónimas del siglo XIX", Petit, Carlos, *Del* ius mercatorum *al derecho mercantil.* [...], cit., 349-358.

Petit, Carlos (coord.), *Derecho privado y revolución bueguesa*, Madrid, Marcial Pons, 1990.

Petit, Carlos, "Amos, servientes y comerciantes. Algo más sobre el primero modelo constitucional", em Petit, Carlos (org.), *Derecho privado y revolución burguesa*, cit., 1990, 87-122.

Petit, Carlos, "Mercatura y Ius mercatorvm. Materiales para una antropologia del comerciante premoderno", em Petit, Carlos, Del *ius mercatorum [...]*, 15-70.

Petit, Carlos, Del *ius mercatorum a*l derecho mercantil. III Seminario de Historia dei Derecho Privado, Sitges, 28-30 de mayo de 1992, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, s. A, 1997.

Pina, Ana Maria Ferreira, *De Rousseau ao imaginário da Revolução de 1820*, Lisboa, Inst. Nacional de Investigação Científica, 1988.

Pinto, Basílio Alberto de Sousa, *Análise da Constituição Política da Monarchia Portuguesa [de 1838]*, Coimbra, litografado, 1838, p. 218/219 (em A. M. Hespanha & Cristina Nogueira da Silva (org.) *Fontes para a história [...]*, cit..

Pinto, F. A., *O despotismo*, Lisboa, Liv. Central, 1912.

Pinto, Joaquim Gouveia, *Projecto de lei para a reforma da Carta Constitucional apresentado à Camara electiva em sessão de 16 de Agosto de 1871 pelos deputados do partido reformista*, Lisboa, Typ. do Futuro, 1871.

Pocock, J. G. A., *Le Moment machiavélien*, trad. fr. L. Borot, Paris, PUF, 1997.

Portillo Valdés, José María, *Revolución e Nación. Orígenes de la cultura constitucional en España*, 1780-1812, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

Portugal, Domingos Antunes *Tractatus de donationibuas regiis juribus & bonorum regiae coronae*, Ulysipone, 1673.

Portugal, Thomaz António de Villanova, "Sobre a cultura dos terrenos baldios que ha no termo da Villa de Ourém", em *Memorias económicas da Academia Real das Sciencias*, II.

Praça, José Joaquim Lopes, *Collecção de leis e subsídios para o estudo do direito constitucional portuguez. I (Leis e subsídios referentes ao nosso velho regimen politico). II (Constituições políticas de Portugal)*, Coimbra, 1893-1894.

Praça, José Joaquim Lopes, *Ensaio sobre o padroado portuguez dissertação inaugural para o acto de conclusões magnas*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1869.

Praça, José Joaquim Lopes, *Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826 e Acto Adicional de 1852*, Coimbra, Imprensa Litteraria, 1878-1880, 3 vols.; agora republicado em Hespanha, António Manuel (dir.), & Silva, Cristina Nogueira da, *Fontes para a história constitucional portuguesa [...]*, cit..

Prieto, Fernando, *História de las ideas y de las formas políticas*, Madrid, Unión Editorial, 2001.

Prodi, Paolo, & Reinhard, Wolfgang, *Identità colletive tra Medioevo ed età moderna*, Bologna, Clueb, 2002.

Projecto de lei para a reforma da Câmara dos Pares e parecer da respectiva comissão, Lisboa, Imprensa Nacional, 1878.

Queirós, Eça de, & Ortigão, Ramalho, *As farpas*, Lisboa, Typ. Universal, 1871-1878 (ed. electrónica, http://purl.pt/256/).

Ramos, Rui, "Oliveira Martins e a ética republicana", *Penélope*, 18(1998) 167-187.

Ramos, Rui, *A segunda fundação*, vol. 6 de José Mattoso (coord.), *História de Portugal* (ed. cit. Lisboa, Estampa, 2001).

Ramos, Rui, *Liberal reformism in Portugal: Oliveira Martins, the movement for a 'new life' and the politics of the constitutional monarchy, 1885-1908*, Oxford D.Phil. 1998.

Raso, Tommaso, "Caratteri anticommunicativi di una testualità burocrática: le Poste italiane", *in* Mazzacane, Aldo, *I linguaggi [...]*, cit., 187-202.

Reinhard, Wolfgang, *Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfämgen bis zur Gegenwart*, München, C. H. Beck, 1999.

Reis, José Alberto dos, *Ciência política e direito constitucional*, Coimbra, Imprensa académica, 1907; agora republicado em Hespanha, António Manuel (dir.), & Silva, Cristina Nogueira da, *Fontes para a história constitucional portuguesa [...]*, cit..

Reis, José Alberto dos, *Organização judicial: lições feitas ao curso do 4 ano jurídico de 1908 a 1909*, Coimbra, J. A. Reis, 1909.

Renaut (dir.), Alain, *Histoire de la philosophie politique*, Paris, Calmann-Levy, 1999-..., 4 vols..

Ribeiro, Maria M. T., "A Restauracão da Carta constitucional e a revolta de 1844", in Amadeu José de Carvalho Homem, António Resende de Oliveira, Rui Bebiano (coords.), *Revoltas e Revoluções*, Coimbra (=*Revista de história das ideias*, 7), 1984-1985, vol. II, p. 183-242.

Rocha, Manuel António Coelho, *Instituições de Direito civil portuguez: para uso dos seus discípulos*, Coimbra, Impr. Universidade, 1844 (ed. util. 1852).

Rodrigues, Samuel, *A polémica sobre o casamento civil (1865-1867)*, Lisboa, INIC, 1987.

Rogers, James S., "Sobre los origenes de moderno derecho inglés de sociedades", Petit, Carlos, Del *ius mercatorum*, 307-332.

Romanelli, Raffaele (coord.), *Storia dello Stato italiano dall'Unita a oggi*, Roma, Donzelli, 1995.

Romanelli, Raffaele, *How did they become voters? The History of franchise in modern European representation*, The Hage, Kluwer Law International, 1998.

Romano, Santi, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano Società Editrice, 1901.

Rosanvallon, Pierre, *Le peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Paris, Gallimard, 1998.

Rosas, Fernando, "A crise do liberalismo e as origens do autoritarismo moderno e do liberalismo em Portugal", *Penélope*, 2(1989) 97-114.

Royo, Javier Pérez, *Introducción a la teoria del Estado*, Blume, Barcelona, 1980.

Ruocco, Giovanni, "La rivoluzione nelle parole: dalla *Regénération* del regno di Francia al processo costituente dell'Ottantanove", in *Giornale di storia costituzionale*, 1(2001), 93-108.

Sá, António José de Barros e, *Discurso sobre a reforma constitucional proferido na sessão de 27 de Março de 1884 pelo par do reino [...]*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1884.

Salas (y Cortez), Ramón, *Lições de direito público constitucional para as escolas de Hespanha*, trad. por D. G. L. D'Andrade, Lisboa, Rollandiana, 1822; agora republicado

em Hespanha, António Manuel (dir.), & Silva, Cristina Nogueira da, *Fontes para a história constitucional portuguesa [...]*, cit.. Ed. integral castelhana: Ramón Salas, *Lecciones de derecho publico constitucional*, Introducción de Jusé Luís Bermejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982

Salema, João de Sande de Magalhães Mexia *Principios de direito politico applicados à Constituição Política da Monarchia Portugueza de 1838, ou a theoria moderada dos governos monarchicos-representativos*, Tomo I (e único), Coimbra, Imprensa do Trovão, & Companhia, 1841.

Salgado, Abílio José, "António José de Lima Leitão (1787-1856). Sua obra e posicionamento político", *Cultura, filosofia e* história, 5(1986), 703-734.

Sampaio, Adrião Forjaz de, *Elementos de economia política e estadistica*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1845.

Sampaio, Francisco Coelho de Sousa, *Prelecções de direito patrio*, Coimbra, 1793

Santarelli, Umberto, "La prohibición de la usura, de canon moral a regia jurídica. Modalidades y méritos de un «transplante»", Petit, Carlos, Del *ius mercatorum [...]*, 237-256.

Santarelli, Umberto, *Mercanti e società tra mercanti*, Torino, Giappichelli, 1998.

Santos, António Ribeiro dos, *Notas ao Plano do ovo Código de Direito Público de Portugal [...]*, Coimbra, 1844.

Santos, Boaventura de Sousa, *Crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência*, Porto, Afrontamento, 2002.

Santos, Clemente José dos Santos, Clemente José dos, *Documentos para a história das Cortes Geraes da Nação portugueza [1820-1828]*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1883-1888.

Santos, Clemente José dos, *Estatísticas e biografias parlamentares*, Porto, Typographia do Commercio do Porto, 1887-1892, 6 tomos; agora republicado em Hespanha, António Manuel (dir.), & Silva, Cristina Nogueira da, *Fontes para a história constitucional portuguesa [...]*, cit..

Santos, Manuel Pinto dos, *Monarquia Constitucional. Organização e Relações do Poder Governamental com a Câmara dos Deputados, 1834-1910*, Lisboa, Assembleia da República, 1986.

Sardica, José Miguel, *A Regeneração sob o signo do Consenso: a política e os partidos entre 1851 e 1861*, Lisboa, Instituto de Ciências Sociais, 2001.

Schiavone, Aldo (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Itália dall'Unità alla Repubblica*, Bari, Laterza, 1990.

Scholz, J.-M., "Eigentumstheorie als Strategie der portugiesischen Bourgeoisie von 1850", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 5/6 (1976/1).

Seeländer, Airton L. Cerqueira-Leite, *Polizei, Ökonomie und Gesetzgebungslehre*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2003.

Serra, João, "As reformas da administração local de 1872 a 1910", *Análise social*, 103(1988) 1037-1066.

Sieyès, Enmanuel, *Escritos y discursos de la revolución*, estudio preliminar, traducción y notas de Ramón Maíz, Madrid, Centro de Estúdios Constitucionales, 1990.

Silbert, Albert, *Le probléme agraire portugais au temps des premiéres cortès libérales 1821-1823 d'aprés les documents de la Commission de L'Agriculture*, Paris, Presses Universitaires de France, 1968.

Silva, Ana Cristina Nogueira da, *A constituição espacial do Estado moderno*, Lisboa, Estampa, 1998.

Silva, António Martins da, *Desamortização e venda dos bens nacionais em Portugal na primeira metade do século XIX*, Coimbra, [s.n.], 1989. Tese de doutoramento em História, apresentada à Fac. de Letras da Univ. de Coimbra.

Silva, Cristina Nogueira da, "Nação, territórios e populações nos textos constitucionais portugueses do séc. XIX", *Themis*, 5(2002) 43-86.

Silva, Cristina Nogueira da, *A cidadania nos trópicos. As colónias no constitucionalismo monárquico português (1820-c. 1880)*, diss. doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2004.

Silva, José de Seabra da, *Deducção chronologica, e analytica*, Lisboa, Off. de Miguel Manescal da Costa, 1767.

Silva, José Justino de Andrade e, *Repertório geral ou indice alphabetico de toda a legislação portugueza [...] de 1818 até o de 1849*, Lisboa, 1850.

Silva, José Veríssimo Alvares da Silva, *Introducção ao Novo Código, ou dissertação crítica sobre a principal causa da obscuridade do nosso codigo authentico*, Lisboa, 1780.

Silva, Júlio Joaquim da Costa Rodrigues da, "Debate constitucional e reforma da *Carta* no início dos anos setenta (1871/1873)", *Congresso Constituição da Europa, constituições da Europa, europeísmo e nacionalismo na história constitucional europeia*, Lisboa, 1992, Actas, Lisboa, Assembleia da República, 1992, 307/325; 308-323.

Silva, Júlio Joaquim da Costa Rodrigues da, "O rotativismo monárquico constitucional: eleições, caciquismo e sufrágio", *História Portugal*, dir. João Medina, vol. 9, Lisboa, Ediclube, 1994, 47-67.

Silva, Nuno Espinosa Gomes da, "Um pequeno manuscrito de Ricardo Raimundo Nogueira, contendo considerações a favor e contra a Constituição, prometida por D. João VI, em 1823", em *Revista Direito e Justiça*, 13, 3 [1999], 15-38.

Silva, Nuno Espinosa Gomes da, *História do direito português. Fontes de direito*, Lisboa, Gulbenkian, 1991.

Silveira, Luís Espinha da, "Estado liberal, centralismo e atonia da vida local", *Actas dos IV Cursos Internacionais de Verão de Cascais*, Cascais, Câmara Municipal de Cascais, 1998, II, 127-145.

Silveira, Luís Espinha da, *Revolução liberal e propriedade: a venda dos bens nacionais no distrito de Évora (1834-1852)*, Lisboa, [s.n.], 1988. Tese de doutoramento em História apresentada à Fac. de Ciências Sociais e Humanas da Univ. Nova de Lisboa.

Silveira, Luís Nuno Espinha da, & Ferrão, João, *Poder central, poder regional, poder local uma perspectiva histórica*, Lisboa, Cosmos, 1997.

Silveira, Luís Nuno Espinha da, "A administração do Estado no séc. XIX", em *Los Ibéricos y el mar*, Madrid, Comissaría General de España, Expo'98, Madrid, 1998.

Silveira, Luís Nuno Espinha da, "Estado liberal, centralismo e atonia da vida local", em *Actas dos IV Cursos Internacionais de Verão de Cascais*, Cascais, Câmara Municipal de Cascais, 1998, 2, 127-145.

Skinner, Quentin, *Machiavel*, Paris, Seuil, 1989.

Skinner, Quentin, *The Foundations of Modern Political Thought*, 2 vols., Cambridge, Cambridge University Press, 1978.

Sobral, José Manuel & Almeida, Pedro Tavares de, "Caciquismo e poder político. Reflexões em torno das eleições de 1901", *Análise social*, 72(1982).

Soddu, Francesco, "Retórica e resocontazione: note sul linguaggio del Parlamento", *in* Mazzacane, Aldo (coord.), *I linguaggi [...]*, cit., 149-168.

Sordi, Bernardo, "Della scienza di polizia all diritto amministrativo. Spunti per l'interpretazione di due itinerari paralelli: Francia e Prússia", *in* Mazzacane, Aldo (coord.), *I linguaggi [...]*, cit., 35-58.

Soriano, Simão José da Luz, *História da Guerra Civil e do estabelecimento do governo parlamentar em Portugal comprehendendo a história diplomática militar e política d'este reino desde 1777 até 1834*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1866-1890.

Sousa, (Lobão) Manuel de Almeida e, *Discurso juridico, historico e critico sobre os direitos dominicaes [...]*, Lisboa, Impr. Regia, 1819.

Sousa, (Lobão) Manuel de Almeida e, *Dissertações sobre os dizimos ecclesiasticos e oblações pias*, Lisboa, Imp. Régia, 1816.

Sousa, (Lobão) Manuel de Almeida e, *Índice do que se contém nos três volumes de notas de uso pratico e criticas*, Lisboa, Impr. Nacional, 1868.

Sousa, (Lobão) Manuel de Almeida e, *Notas de uso prático e críticas, addições, illustrações, e remissões sobre todos os títulos e todos os do livro primeiro das Instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire*, Lisboa, Impr. Regia, 1816-1825.

Sousa, (Lobão) Manuel de Almeida e, *Tractado das obrigações recíprocas, que produzem acções civis: dos pais para com os filhos, dos filhos para com os pais, dos irmãos para com os irmãos*, Lisboa, Impr. Régia, 1828.

Sousa, (Lobão) Manuel de Almeida e, *Tractado histórico, encyclopedico, critico, pratico, sobre todos os direitos relativos a cazas, quanto às materias civis e criminais*, Lisboa, Impr. Régia, 1817.

Sousa, (Lobão) Manuel de Almeida e, *Tractado practico compendiario dos censos*, Lisboa, Impr. Regia, 1815.

Sousa, (Lobão) Manuel de Almeida e, *Tractado pratico compendiario das pensões ecclesiásticas conforme o direito canonico antigo, novo, e novissimo, estilos da Curia Romana, opiniões mais depuradas, e regalias particulares do nosso reino*, Lisboa, Impressão Régia, 1825.

Sousa, (Lobão) Manuel de Almeida e, *Tractado pratico e compendiario das aguas, dos rios publicos, fontes publicas, ribeiros e nascentes dellas*, Lisboa, Imp. Régia, 1827.

Sousa, (Lobão) Manuel de Almeida e, *Tractado pratico, e critico de todo o direito emphyteutico conforme a legislação, e costumes deste reino e o uso actual das nações*, Lisboa, Impressão Régia, 1814. – 1.° v.: XII, 548 p.. – 2.° v.: XII, 433 p.. – [3.° v.]: Appendice diplomatico-historico ao tractado pratico do direito emphyteutico. – 528, [4] p..

Sousa, (Lobão) Manuel de Almeida e, *Tratado pratico de morgados*, Lisboa, Na Impressão Regia, 1807. C. 2ª ed. correcta e adicionada. – Lisboa, Imp. Regia, 1814.

Sousa, (Lobão) Manuel de Almeida e, *Tratado prático do processo executivo summario*, Lisboa, Impr. Nacional, 1855.

Sousa, (Lobão), Manuel de Almeida e, *Discurso juridico, historico e critico sobre os direitos dominicaes…]*, Lisboa, Impr. Regia, 1819.

Sousa, (Lobão), Manuel de Almeida e, *Dissertações sobre os dizimos ecclesiasticos e oblações pias*, Lisboa, Imp. Régia, 1816.

Sousa, (Lobão), Manuel de Almeida e, *Tractado das obrigações recíprocas, que produzem acções civis: dos pais para com os filhos, dos filhos para com os pais, dos irmãos para com os irmãos [...]*, Lisboa, Impr. Régia, 1828.

Sousa, (Lobão), Manuel de Almeida e, *Tractado histórico, encyclopedico, critico, pratico, sobre todos os direitos relativos a cazas, quanto às materias civis e criminais*, Lisboa, Impr. Régia, 1817.

Sousa, António Francisco de, *A representação política nas cortes constituintes de 1821-22, de 1837-38 e de 1911*, Lisboa [s.n.], 1986. Relatório de mestrado em direito constitucional, Faculdade de Direito, Univ. de Lisboa.

Sousa, Joaquim José Caetano Pereira e, *Classes dos crimes por ordem systematica [...]*, Lisboa, Ofic. J. F. M. Campos, 1816.

Sousa, Marnoco e, *Direito político. Poderes do Estado. Sua organização segundo a sciencia politica e o direito constitucional português*, Coimbra, França Amado, 1910; agora republicado em Hespanha, António Manuel (dir.), & Silva, Cristina Nogueira da, *Fontes para a história constitucional portuguesa [...]*, cit..

Sousa, Marnoco e, *Finanças. Apontamentos coligidos de harmonia com as prelecções [...] 1913-1914*, Coimbra, Livraria Neves, s/d.

Sousa, Marnoco e, *Lições de direito politico*, Coimbra, 1900.

Sousa, Marnoco e, *Lições de economia política. 1913*-1914, Typ. Alberto Viana, 1914.

Sousa, Marnoco e, *Lições de economia social, 1900-1901*, Coimbra, França Amado, 1900.

Sousa, Marnoco e, *O capitalismo moderno: lições feitas ao curso do segundo anno juridico de 1907-1908*, Coimbra, França Amado, 1907.

Stolleis, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Reichspublizistik und Policeywissenschaft 1600-1800*, München, Beck, 1988.

Stolleis, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland.Zweiter Band, 1800-1914*, München, Beck, 1992; versão inglesa, *Public law in Germany, 1800-1914*, New York-Oxford, Berghahn Books, 2001.

Subtil, José Manuel, "Modernidade e arcaísmo do Estado de Quinhentos", *A Genese do Estado Moderno no Portugal Tardo-Medievo (séculos XIII-XV)*, Lisboa, Universidade Autónoma de Lisboa, 1999, pp. 317-370.

Tavares, José, *Das empresas no direito commercial (Estudo sobre o art. 230.° do Codigo Commercial Portuguez)*, Coimbra, 1898.

Tavares, José, *Das sociedades commercaes.Tractado theorico e pratico*, Coimbra, França Amado, 1899.

Tavares, José, *O poder governamental no direito constitucional português*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1909; agora republicado em Hespanha, António Manuel (dir.), & Silva, Cristina Nogueira da, *Fontes para a história constitucional portuguesa [...]*, cit.).

Teles, Basílio, "As ditaduras" em Id., *As ditaduras. O regime revolucionário*. Pref. Vital Moreira. Introd. Fernando Catroga, Coimbra, Atlântida, 1975.

Torre-Schaub, Marthe, *Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché*, Paris, LGDJ, 2002.

Tully (ed.) James, *Meaning and Context: Quentin Skinner and His Critics*, Princeton University Press, 1989, 370 pp..

Ulrich, Ruy, *Legislação operaria portugueza*, Coimbra, 1906.

Vargues, Isabel Nobre, "Insurreições e revoltas em Portugal (1801-1851). Subsídios para uma cronologia e bibliografia", *Revoltas e revoluções* (= *Rev. Hist. Ideias*), Coimbra, Instituto de História das Ideias, 1984, 501-572.

Verdelho, Telmo dos Santos, *As palavras e as ideias na revolução liberal de 1820*, Coimbra, INIC, 1981.

Vicente Ferrer Neto Paiva. No segundo Centenário do seu nascimento. A convocação do krausismo, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

Videira, Susana Antas Fernandes, *Para uma história do direito constitucional português: Silvestre Pinheiro Ferreira*, Lisboa, 1999, 450 pp. Tese mestr. FD-UL.

Vieira, Maria Benedita Duque, *A Revolução de Setembro e o discurso constitucional de 1837*, Lisboa, Salamandra, 1987.

Witte, Klaus, *Bismarcks Sozialversicherungen und die Entwicklungeines marxistischen Reformverständnisses in der deutschen Sozialdemokratie*, Köln, Pahl-Rugenstein-Hochschulschriften. Gesell. u. Naturwiss. 45, 1980.

20. ÍNDICE SISTEMÁTICO

B

Num livro que acaba por constituir uma descrição detalhada do constitucionalismo monárquico português, o autor escolheu como ponto de enfoque a questão politicamente quente – então como agora – do "li



íbrio entre os direitos individuais e o direito do Estado. So ítico e constitucional, e aos vários níveis a que ela aflorava – desde a pura teoria política aos mecanismos institucionais ou à prática dos juristas. A conclusão apresentada é a de que o liberalismo – neste sentido de uma constituição de liberdades individuais – foi, em Portugal, mais ou menos o mesmo que parece ter sido em toda a Europa Ocidental, sem sequer excluir as Ilhas Britânicas: um projecto constitucional que, além de teoricamente algo inconsistente, também não podia realizar os pressupostos da sua realização prática. Ou, pondo as coisas de forma diferente: um projecto constitucional que, para realizar os seus pressupostos de realização prática, tinha que começar por desmentir alguns dos seus postulados teóricos.

António Manuel Hespanha – N. Coimbra, 1945. Professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Investigador Honorário do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. Professor ou investigador visitante em várias instituições universitárias portuguesas e estrangeiras. Fundador e ex-director das revistas *Penélope* e *Themis*. Para além de numerosa colaboração dispersa em jornais e revistas especializadas, nacionais e internacionais, e de várias traduções e adaptações de obras de referência no campo da História do Direito, é autor de *A História do Direito na História Social*, 1977; *História das Instituições. Épocas medieval e moderna*, 1982; *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime* (pref. e selecção de textos), 1984; *Poder e Instituições no Antigo Regime (Guia de Estudo)*, 1992; *Lei, Justiça, Litigiosidade. História e prospectiva*, 1993; *La gracia del derecho*, 1993; *As Vésperas do Leviathan. Instituições e Poder Político (Portugal, séc. XVIII)*, 1994 (ed. cast. 1989); *História de Portugal moderno. Político-institucional*, 1995; *Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um milénio*, 1996 (ed. ital. Bologna, 2000; ed. cast. Madrid, 2002); *Panorama da História Institucional e Jurídica de Macau*, Macau, 1995; *Há 500 anos. Três anos de comemorações dos descobrimentos portugueses*, 1999; *O orientalismo em Portugal. Catálogo da exposição* (guião, comissariado científico e texto introdutório), 2000; *O Milénio português (séc. XVII)*, 2001; *Feelings of justice in the Chinese community of Macao* (coord. e autor), 2003; *História militar de Portugal*, vol. II (Época moderna), (coord.), 2004; *Inquérito aos sentimentos de justiça num ambiente urbano* (coord.), 2004.

ISBN 972-40-2321-4

